



REGIONE AUTONOMA
FRIULI VENEZIA GIULIA

Servizi pubblici locali

Edizione ottobre 2007



Direzione centrale relazioni internazionali,
comunitarie, e autonomie locali
Servizio affari istituzionali e sistema autonomie locali
Via Antonio Caccia, 17 - 33100 Udine
Direttore Gianfranco Spagnul
tel. 0432 555 402 - fax 0432 555 475
e-mail biblioteca.aall@regione.fvg.it
sito internet www.regione.fvg.it/autloc/autloc.htm
Pubblicazione a cura di Mariagiulia Nodari e Gabriella Gentile
Copertina realizzata dalla Direzione della comunicazione
Foto copertina di Gabriella Gentile

SOMMARIO

PRESENTAZIONE	5
PARTE 1^ — RELAZIONE	
Il rapporto tra la potestà legislativa speciale della Regione Friuli Venezia Giulia, in particolare in materia di ordinamento degli enti locali, e la materia dei servizi pubblici locali, tenuto conto dei vincoli costituzionali e delle prerogative riconosciute all'unione Europea <i>Prof. Marcello Clarich</i>	7
PARTE 2^ — DOCUMENTAZIONE	
CAPITOLO 1	
Disegno di legge n. 772 — Senato della Repubblica delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali.....	33
CAPITOLO 2	
CORTE COSTITUZIONALE	
Sentenza n. 272 anno 2004	39
Sentenza n. 29 anno 2006	45
CAPITOLO 3	
ATTI E PRONUNCE COMUNITARI	
Corte di giustizia europea, Sez. V, - Sentenza n. C-107/98 del 18/11/1999	55
Commissione Europea, n. C(2002)2329 del 26/6/2002. Costituzione in mora del Governo italiano: l'art. 35 della legge 448/2001 viola gli obblighi che incombono all'Italia in virtù della direttiva 92/50 CE e della direttiva 93/38/CEE ed altresì in virtù degli artt. 43 ss. e 49 ss. Trattato CE.....	61
Comunicazione interpretativa della commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (2006/C 179/02).....	67
Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2006/2043(INI)).....	74
CAPITOLO 4	
AUTORITÀ GARANTE CONCORRENZA E MERCATO	
Autorità garante della concorrenza e del mercato. Oggetto: Segnalazione AS361 del 27/9/2006 in materia di organizzazione del servizio di raccolta differenziata nel territorio provinciale.	79
Autorità garante della concorrenza e del mercato As375 del 28/12/2006 - Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi	81
Resoconto Stenografico n. 6 dell'8/2/2007 — Senato della Repubblica — 1ª Commissione permanente (<i>stralcio</i>) — Indagine conoscitiva sul riordino dei servizi pubblici locali.....	84
CAPITOLO 5	
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA REGIONE FRIULI VENEZIA GIULIA E AFFIDAMENTO IN HOUSE	
TAR Friuli Venezia Giulia, - Sentenza n. 634 del 15/7/2005	89
TAR Friuli Venezia Giulia, - Sentenza n. 986 del 12/12/2005	95

TAR Friuli Venezia Giulia – Sentenza n. 576 del 30/8/2006	104
TAR Friuli Venezia Giulia – Sentenza n. 13 del 10/1/2007	117

CAPITOLO 6

REQUISITI PER L’AFFIDAMENTO IN HOUSE

Corte di giustizia europea, Sez. I, - Sentenza n. C-458/03 del 13/10/2005	127
Corte di giustizia europea, Sez. I, - Sentenza n. C-410/04 del 6/4/2006	138
Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 4440 del 13/7/2006.....	143
Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 5072 del 30/8/2006.....	149
TAR Piemonte, Sez. II, Sentenza n. 4164 del 13/11/2006	157
Consiglio di Stato, Sez. V - Sentenza n. 5 dell’8/1/2007	169
Consiglio di Stato, Sez. V - Sentenza n. 2932 del 1/6/2007	173

CAPITOLO 7

SOCIETÀ IN HOUSE E PIÙ ENTI PROPRIETARI

TAR Campania, Napoli, Sez. I, Sentenza n. 8055 del 13/9/2006	181
TAR Piemonte, Sez. II, Sentenza n. 4164 del 13/11/2006	188
TAR Lazio Roma, Sez. II ter, Sentenza n. 72 del 9/1/2007	199
TAR Toscana, Sez. II, Sentenza n. 762 del 18/5/2007	207

CAPITOLO 8

AFFIDAMENTO DIRETTO E SOCIETÀ MISTE

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana - sez. giurisdizionale, Sentenza n. 589 del 27/10/2006	213
TAR Calabria Catanzaro, Sez. II, Sentenza n. 76 del 15/2/2007	225
Consiglio di Stato — Adunanza della Sezione seconda, parere n. 2007/456 del 18/4/2007 (integrazione al parere 3162/2006).....	232

CAPITOLO 9

ACCESSO E SOCIETÀ PARTECIPATE

Consiglio di Stato, Sez. V - Sentenza n. 7900 del 9/12/2004.....	249
TAR Toscana – Sentenza n. 2785/2005	254

CAPITOLO 10

HOLDING ED AFFIDAMENTO IN HOUSE

Corte di giustizia europea, Sez. I, Sentenza n. C-340/04 del 11/5/2006	257
------------------------------------------------------------------------------	-----

CAPITOLO 11

AFFIDAMENTO SERVIZIO ENERGIA

TAR Trentino-Alto Adige, Sede di Bolzano, Sentenza n. 91 dell’8/3/2007	267
------------------------------------------------------------------------------	-----

Presentazione

La presente pubblicazione viene proposta all'attenzione degli operatori, funzionari ed amministratori locali e regionali, e degli studiosi con l'auspicio che possa fungere da utile spunto di riflessione e da efficace guida interpretativa, per quanti, al cospetto dell'articolato corpus normativo dei servizi pubblici locali, si trovano spesso in una condizione di comprensibile disorientamento.

Infatti, la legislazione statale in materia, le cui origini possono farsi risalire alla legge Giolitti del 1903, nel corso del tempo, ha subito numerosi cambiamenti rivolti, almeno negli ultimi tempi, all'obiettivo di adeguarla al continuo divenire del diritto comunitario, con esiti a volte contraddittori e non sempre soddisfacenti.

Cambiamenti destinati ad una ulteriore fase, quando, a breve, sarà attuata l'ennesima riforma dei servizi pubblici locali, che dovrebbe ricondurne ad unità la disciplina generale. Infatti, è finalmente approvato in Parlamento dopo un faticoso percorso di mediazione, il disegno di legge delega AS 772, anch'esso inserito nella presente pubblicazione.

A tale proposito, viene, altresì, allegata l'interessante audizione in Parlamento del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del febbraio 2007, il quale si è soffermato proprio in merito all'articolato di cui sopra. Essa può offrire interessanti elementi interpretativi e spunti di criticità per l'ente locale, che lo possono indirizzare nel momento della concreta attuazione dell'affidamento del servizio.

Tornando ai contenuti del disegno di legge n. 772, c'è tuttavia da segnalare che, prima di venir licenziato in via definitiva dai due rami del Parlamento, potrebbe essere oggetto di ulteriori sensibili rimaneggiamenti. Restano ancora oggetto di discussione, per esempio, le modalità di affidamento e le tipologie dei servizi che dovranno essere regolati dalla nuova disciplina.

Intanto, perdurando un comprensibile clima d'incertezza riguardo alle prospettive della disciplina a regime, la giurisprudenza sta intervenendo in modo massiccio, anche se non privo di contraddizioni (si pensi, per esempio, alla dibattuta questione della identificazione dei presupposti della legittimità degli affidamenti diretti a società miste), nel tentativo di colmare le lacune fra il diritto comunitario e quello nazionale.

Si vuole qui solo ricordare alcune tra le più significative pronunce selezionate, che riguardano gli aspetti più sensibili della materia (requisiti del controllo analogo, divieto di discriminazione, partecipazione di più enti locali al capitale sociale ecc.). Per facilità di consultazione, il materiale giurisprudenziale è stato suddiviso per argomenti.

Come è noto, nella situazione attuale, al fine di avere contezza della materia risultano essere fondamentali i vari atti e pronunce comunitarie, che, in tempi diversi, hanno scandito il divenire della presente normativa: in allegato, si potrà, perciò, reperire la famosa sentenza della Corte di giustizia C-107/98 "Teckal", l'atto di costituzione in mora del Governo italiano C(2002)2329, in merito all'art. 35 della legge 448/2001, la comunicazione interpretativa della Commissione 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile agli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici, che rappresenta senz'altro uno spunto imprescindibile per ogni pubblica amministrazione.

Per quanto concerne la posizione della nostra Regione rispetto a tale delicata e nevralgica materia, si deve rilevare che nemmeno lo Statuto di autonomia permette una "capacità di manovra" ampia: infatti, benché la materia dei servizi pubblici locali appartenga alla competenza residuale delle regioni, lo Stato può reclamare a sé la primaria competenza legislativa inerente all'ambito della tutela della concorrenza, che permea e condiziona sensibilmente la materia in oggetto, come ribadito dalla Corte costituzionale (si vedano le sentenze 272/2004 e 29/2006, pure allegate). Proprio tale specifico aspetto è stato affrontato nel lavoro di studio del prof. Marcello Clarich, che costituisce il "cuore" scientifico della pubblicazione.

Nello stesso studio, viene messo in evidenza il carattere residuale dell'affidamento "in house", l'autonomia dell'ente locale nella scelta dei moduli organizzatori ritenuti più confacenti alla propria realtà, nel rispetto dei limiti imposti dalla fonte legislativa, la competenza dell'organo consiliare circa la partecipazione dell'ente locale alle società di capitali.

Ricostruito il complesso quadro normativo nei termini di cui sopra, che impone stringenti limitazioni alla potestà legislativa regionale in merito ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, la Regione si è determinata ad approfondire la predisposizione di alcune norme in materia di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, che troveranno spazio nel disegno di legge in materia di ordinamento degli enti locali, recentemente approvato dalla Giunta regionale.

In tal modo sarà colmata la lacuna normativa determinata dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 113 bis del d.lgs. 267/2000, contenuta nella sentenza 272/2004 della Corte costituzionale, la quale ha ribadito che, proprio in tale settore, c'è "spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale".

Auspiciando che prossimamente il quadro normativo offerto agli operatori possa finalmente stabilizzarsi, consentendo le scelte strategiche e le azioni amministrative maggiormente idonee a soddisfare le esigenze delle comunità locali amministrate, si pone a disposizione di quanti sono interessati ad approfondire i complessi risvolti di una materia che rispecchia, sotto diversi profili, la complessità delle questioni politico amministrative dei sistemi locali.

Franco Iacop
Assessore regionale per le relazioni internazionali,
comunitarie ed autonomie locali

PARTE 1^ — RELAZIONE

Il rapporto tra la potestà legislativa speciale della Regione Friuli Venezia Giulia, in particolare in materia di ordinamento degli enti locali, e la materia dei servizi pubblici locali, tenuto conto dei vincoli costituzionali e delle prerogative riconosciute all'Unione Europea

prof. avv. Marcello Clarich*

Sommario

1. Premessa.....	8
2. Cenni sulla evoluzione legislativa in materia di gestione dei servizi pubblici locali.....	8
3. Competenza legislativa statale e competenza legislativa regionale nell'assetto dei servizi pubblici nazionali alla luce del titolo v della costituzione.....	10
4. La tutela della concorrenza nell'art. 117 della costituzione.....	12
5. I servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza.....	13
6. L' "in house providing".....	16
7. L'apertura ai privati del capitale delle società "in house".....	20
8. Le società holding nel vigente sistema di affidamenti "in house".....	21
9. L'orientamento giurisprudenziale interno più recente in materia di "in house providing".....	22
10. La competenza della regione friuli venezia giulia in materia di servizi pubblici locali.....	24
11. La competenza regionale e la dimensione economica dei servizi.....	25
12. Il riparto di competenze tra gli organi degli enti locali in materia di operazioni societarie.....	26
13. Il diritto di accesso agli atti delle società partecipate.....	27
14. Prospettive di riforma.....	29
15. Conclusioni.....	31

* Ordinario di diritto amministrativo Università LUISS Guido Carli di Roma.

1. Premessa

Negli ultimi anni la materia dei servizi pubblici è stata oggetto di discussione e di interventi normativi e giurisprudenziali sia a livello comunitario, sia a livello interno.

In generale il tema dei servizi di interesse economico generale, nazionali e locali, è stato preso in esame in numerosi atti comunitari. Inoltre, in occasione dell'approvazione del Trattato di Amsterdam è stato introdotto l'art. 16 del Trattato CE che riconosce il carattere fondamentale dei servizi di interesse economico generale in relazione ai valori comuni dell'Unione europea e all'obiettivo della coesione sociale e territoriale. In buona sostanza il modello economico e sociale europeo si connota, come taluni ritengono, dall'esigenza che gli Stati assicurino ai loro cittadini servizi pubblici di elevata qualità e a prezzi accessibili.

La Commissione Europea ha presentato il "*Libro Bianco sui servizi di interesse generale*", parallelamente, è stata pubblicata una Proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno, cioè a tutti i servizi che costituiscono un'attività economica ai sensi dell'art. 49 del Trattato CE, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale.

Il presente studio si concentrerà innanzitutto (i) sulla analisi della evoluzione legislativa nazionale in materia di affidamento di servizi pubblici locali. Approfondirà, poi, (ii) il tema del riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di servizi pubblici nazionali e locali, alla luce della giurisprudenza costituzionale. Si soffermerà, ancora, (iii) sullo sviluppo del concetto di "*in house providing*", come elaborato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale più recente. Analizzerà, in quarto luogo, (iv) il tema relativo alla competenza della Regione Friuli Venezia Giulia in materia di servizi pubblici locali, anche alla luce dello Statuto regionale e della normativa di settore. Da ultimo, (v) darà conto delle più recenti tendenze normative che interessano il tema dei servizi pubblici locali.

2. Cenni sulla evoluzione legislativa in materia di gestione dei servizi pubblici locali

A livello interno, il processo di riforma dei servizi pubblici locali si è articolato, negli ultimi anni, in due interventi legislativi statali. Ciò dopo che già in occasione della legge di riforma delle autonomie locali 8 giugno 1990, n. 142 era stata concepita una prima riforma stralcio del settore, in attesa di una legge di riordino più generale della materia dei servizi pubblici locali ancor oggi non approvata.

I due interventi legislativi più recenti sono fondati sulla competenza statale in materia di tutela della concorrenza.¹ Il primo è avvenuto con l'approvazione dell'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, che ha interamente sostituito l'art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali – TUEL).

Il secondo intervento in materia di servizi pubblici locali è avvenuto, invece, con l'art. 14 del DL 30 settembre 2003, n. 269 e poi con l'art. 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria per il 2004) che hanno nuovamente modificato il testo dell'art. 113 introducendo principi parzialmente differenti rispetto a quelli previsti dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448. Detti principi, in parte ponendosi in controtendenza rispetto all'orientamento legislativo precedente, hanno valorizzato la forma di affidamento "*in house*", vale a dire senza gara a società a capitale interamente pubblico, sia pur nel rispetto delle condizioni stabilite dall'ordinamento comunitario.

Gli interventi legislativi del 2003 hanno inciso, in particolare, sui seguenti aspetti:

- a) i rapporti tra le fonti di disciplina della materia dei servizi pubblici locali;
- b) il regime dei servizi pubblici locali nel periodo transitorio;
- c) le modalità di erogazione dei servizi pubblici locali.

¹ Cfr. la lett. e) dell'art. 117 della Costituzione, come modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Anzitutto, il comma 1 dell'art. 113, sul punto dei rapporti tra norma generale e discipline di settore, ha innovato chiarendo che *“le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Restano esclusi dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79, e 23 maggio 2000, n. 164”*.

La versione precedente dell'art. 113, introdotta dall'art. 35 della legge 448/2001 prevedeva invece che *“le disposizioni del presente articolo si applicano ai servizi pubblici locali di rilevanza industriale. Restano ferme le disposizioni previste per i singoli settori e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie”*.

In via di principio è chiara l'inversione di tendenza con una netta prevalenza assegnata alla disciplina generale contenuta nel TUEL in tema di modalità di gestione e di affidamenti. Il legislatore ha inteso precisare che, per tutti gli aspetti che più strettamente attengono alla tutela della concorrenza, i principi posti dalla norma generale e ispirati alla salvaguardia di tale valore devono considerarsi inderogabili ed integrativi delle discipline di settore e come tali in grado di prevalere sulle disposizioni speciali preesistenti.

Ove poi si dovessero rinvenire lacune normative nelle discipline settoriali per i profili attinenti alle *“modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali”*, questi dovrebbero ritenersi regolati dalla disciplina generale.

La *ratio* di tale scelta legislativa può essere rinvenuta nella strumentalità delle disposizioni che concernono *“le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali”* rispetto alla *“tutela della concorrenza”*, e nell'importanza assegnata a questo valore da norme di rango costituzionale, quali gli artt. 81, 82 e 86 del Trattato UE e gli artt. 41 e 117 lett. e) della Costituzione. In particolare, quest'ultima disposizione riserva alla potestà esclusiva dello Stato la *“tutela della concorrenza”*.

Le altre disposizioni dell'art. 113, quelle cioè che non concernono *“le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali”*, sono invece *derogabili dalle “discipline di settore”*, e quindi anche dalle leggi regionali, in quanto la disciplina dei servizi pubblici locali ricadrebbe per tali aspetti nella potestà legislativa *“residuale”* delle regioni.

Anche gli aspetti attinenti alle modalità di erogazione del servizio hanno ricevuto una differente disciplina nei due passaggi legislativi.

L'art. 35 della legge 448/2001 ha introdotto il principio del *“conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica”*, quale unica modalità di erogazione del servizio da svolgere in regime di concorrenza (per il mercato) (art. 113, comma 5, TUEL). Il medesimo art. 35 stabiliva, peraltro, con riferimento al servizio idrico integrato che, *“in alternativa”* all'affidamento del servizio con gara, i soggetti competenti avrebbero potuto affidare il servizio idrico integrato *“a società di capitali partecipate unicamente da enti locali che fanno parte dello stesso ambito territoriale ottimale”*, per un periodo massimo di cinque anni, con l'obbligo per gli enti locali azionisti di procedere entro due anni da tale affidamento alla dismissione, mediante procedura ad evidenza pubblica, di un pacchetto azionario pari almeno al 40 per cento, pena la perdita immediata dell'affidamento del servizio alla società da essi partecipata.

L'art. 14 del DL 269/2003 ha modificato il comma 5 dell'art. 113, introducendo un nuovo regime della gestione e dell'affidamento dei servizi pubblici locali. Tale disposizione ha stabilito che *“l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:*

- a) *a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;*
- b) *a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;*

- c) *a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*".

Il comma 5-bis sembra attenuare l'affermazione di principio stabilendo che "le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio". Questa disposizione consente alle discipline di settore di attuare progressivamente i contenuti della riforma del DL 269/2003 prevedendo un regime transitorio ispirato a criteri di salvaguardia - pur entro i limiti di congruità di cui al comma 15-bis - delle gestioni esistenti.

Con la disposizione in esame il legislatore ha inteso adeguare la normativa interna sui servizi pubblici locali alle norme dettate dal Trattato della UE in materia di servizi di interesse generale. Infatti, secondo il giudizio della Commissione,² l'art. 35 si poneva in contrasto con il diritto comunitario poiché prevedeva deroghe agli obblighi di gara e di pubblicità. Per venire incontro ai rilievi espressi in sede comunitaria e al contempo tener conto del nuovo sistema di riparto delle competenze legislative delineato dalla riforma del Titolo V, il legislatore statale ha modificato gli artt. 113 e 113-bis, con l'art. 14 DL 30 settembre 2003, n. 263, convertito nella legge 24 novembre 2004, n. 326 e poi con l'art. 4, comma 234, legge 24 dicembre 2004, n. 350 (legge finanziaria per il 2004).

Peraltro, indipendentemente dallo scopo immediato che il legislatore ha perseguito con l'art. 14 del DL 269/2003, le disposizioni dettate dal Trattato della UE in materia di servizi di interesse generale sono applicabili negli ordinamenti dei singoli Stati membri, anche se non espressamente recepite, in base al principio del c.d. 'primato' e a quello dei c.d. 'effetti diretti' del diritto comunitario.

Sotto questo profilo, l'art. 14 codifica con la lett. c) la giurisprudenza comunitaria in materia di "in house providing".

3. Competenza legislativa statale e competenza legislativa regionale nell'assetto dei servizi pubblici nazionali alla luce del Titolo V della Costituzione

La riforma costituzionale di cui alla L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3 ha introdotto rilevanti innovazioni sui criteri di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, individuando un nuovo modo di concepire l'esercizio dei poteri pubblici e la distribuzione delle relative responsabilità.

Tra le materie attribuite alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni sono previsti i "porti e aeroporti civili", le "grandi reti di trasporto e di navigazione", "l'ordinamento della comunicazione" e la "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia elettrica".³

Alla luce dell'art. 117, comma 3, della Costituzione, la disciplina delle infrastrutture e dei grandi servizi a rete è riservata allo Stato per quanto attiene ai principi fondamentali, mentre alle Regioni è rimessa l'attuazione delle scelte nazionali, attraverso una legislazione di dettaglio e l'eventuale emanazione dei regolamenti attuativi, che nelle materie di legislazione concorrente non possono più essere adottati dallo Stato.

In particolare, la Corte ha statuito che, soprattutto nella fase di transizione dal vecchio al nuovo sistema di riparto delle competenze, la legislazione regionale concorrente è tenuta a "svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore".⁴ Tale soluzione è stata, infine, accolta,

² Commissione europea, nota di costituzione in mora del 26 giugno 2002. La Commissione europea sottolineava che l'ipotesi eccezionale contemplata dalla sentenza Teckal (Sentenza del 18 novembre 1999 in causa C-107/98, Teckal s.r.l. c. Comune di Viano) non può valere ad escludere in maniera generale dal campo di applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni ogni affidamento di un servizio che venga effettuato da un ente locale in favore di una società a capitale maggioritariamente o totalmente pubblico. Per quanto riguarda in particolare la nozione di "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" di cui alla giurisprudenza in discorso, la Commissione precisa che, affinché tale tipo di controllo sussista, non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario. In altri termini, ad avviso delle istituzioni comunitarie, per controllo analogo si deve intendere "un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica in particolare quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario".

³ Si tratta di quelle che gli economisti chiamano "network industries" a sottolineare la presenza dell'elemento comune e tipizzante costituito dalla rete, il "network".

⁴ Così nelle sentenze della Corte costituzionale 282 del 2002 e, 120 del 2005.

dal legislatore ordinario all'art. 1, comma 3, della legge 5 giugno 2003, n. 131, di attuazione del Titolo V (cosiddetta legge "La Loggia").

La Consulta è intervenuta più volte sul tema dei servizi pubblici a rete, cercando di chiarire in cosa consistano i principi fondamentali dello Stato⁵ e, per converso, quale sia il margine di manovra lasciato alle Regioni nella legislazione di dettaglio.⁶

Esemplificativa, al riguardo, è la questione di legittimità costituzionale decisa con la sentenza 307 del 2003. La Corte, era chiamata a stabilire se gli standard di protezione dell'inquinamento elettromagnetico fissati a livello statale potessero essere modificati dalla Regione attraverso la fissazione di valori di soglia più bassi.

Secondo la Corte, l'erogazione dei servizi pubblici a rete coinvolge una pluralità di interessi pubblici e che è necessario un giusto bilanciamento degli stessi. In particolare, si è osservato che la fissazione degli standard di protezione riguarda per un verso la tutela della salute, ma, per altro verso mira anche a "consentire la realizzazione degli impianti e delle reti rispondenti a rilevanti interessi nazionali [...] come quelli che fanno capo alla distribuzione della energia e, allo sviluppo dei sistemi di telecomunicazione".

A fronte di interessi pubblici diversi e potenzialmente confliggenti, spetta alla legge statale individuare il punto di equilibrio tra le esigenze contrapposte, fissando standard uniformi non derogabili dalle Regioni. Queste, invece, sono legittimate a disciplinare la localizzazione degli impianti, che rientra nella loro competenza in materia di uso del territorio, "*purchè i criteri localizzativi e standard urbanistici rispettino le esigenze di pianificazione nazionale degli impianti e non siano nel merito tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli stessi*".

In relazione alle reti di comunicazione elettronica, la Corte ha avuto modo di precisare che la loro installazione è necessaria non solo in quanto strumentale all'esercizio dei diritti costituzionali di comunicazione, attivi e passivi, ma anche perché imposta dal diritto comunitario.⁷

La Consulta è tornata di recente sul punto, con la pronuncia 336 del 2005 relativa alla legittimità costituzionale del Capo V, Titolo II, D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, noto come "*Codice delle comunicazioni elettroniche*", il quale contiene la disciplina delle procedure amministrative per l'installazione delle reti.

Le Regioni ricorrenti contestavano le disposizioni del legislatore statale, il quale, in materie soggette alla potestà legislativa concorrente quali il governo del territorio, la tutela della salute e l'ordinamento della comunicazione, non si sarebbe limitato a fissare i principi fondamentali, ma avrebbe dettato "una disciplina procedimentale minuziosa, dettagliata, autoapplicativa", senza lasciare alcun margine di manovra alla legislazione regionale di dettaglio.⁸

A fronte di simili rilievi la Corte ha mosso la sua analisi dalle disposizioni delle direttive comunitarie di cui le disposizioni impugnate costituiscono attuazione, osservando che le procedure previste per il riconoscimento del diritto di installare le infrastrutture di comunicazione elettronica debbono essere "*tempestive, non discriminatorie e trasparenti, onde assicurare che vengano le condizioni necessarie per una concorrenza leale ed effettiva*". Secondo la Corte, inoltre, "*è alla luce di tali esigenze e finalità che debbono essere valutate l'ampiezza e l'operatività dei principi fondamentali riservati alla legislazione dello Stato*".⁹

⁵ Stesso problema presenta la normativa statale che incide sul "governo del territorio" e sulla "tutela della salute", materie che ricadono nell'ambito della competenza legislativa concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., e che assumono rilevanza anche per i servizi pubblici a rete.

⁶ A tal riguardo, si segnala la sentenza 280 del 2004 in cui la Corte ha esaminato la conformità al mutato quadro costituzionale dell'art. 1 della legge 131 del 2003, con cui è stata conferita delega al Governo per la ricognizione dei principi fondamentali della legislazione statale nelle diverse materie di potestà legislativa concorrente. A tal riguardo, la Corte ha proposto una lettura "minimale" dell'oggetto della delega "in termini di mera ricognizione e non di innovazione – determinazione dei principi fondamentali vigenti" e assimila la delega a quella di compilazione dei testi unici per la semplificazione e il coordinamento delle disposizioni vigenti in una determinata materia.

⁷ Sentenza 331 del 2003.

⁸ Cfr. ricorso della Regione Toscana 79, depositato in cancelleria il 14 novembre 2003, e ricorso della Regione Marche 80, depositato in cancelleria il 19 novembre 2003.

⁹ A tal proposito, è stata riconosciuta natura di principi fondamentali della legislazione alla assimilazione delle infrastrutture di comunicazione alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 16, comma 7, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia"; alle disposizioni che disciplinano la conferenza di servizi, estendendo la regola della maggioranza all'adozione dell'atto finale, prevedendo una sola ipotesi di dissenso qualificato e affidandola Consiglio dei Ministri la relativa decisione; alla previsione di una

4. La tutela della concorrenza nell'art. 117 della Costituzione

La funzione unitaria che la Corte costituzionale riconosce alla legislazione statale in materia di servizi pubblici, è resa ancora più evidente nelle materie comprese nella potestà legislativa esclusiva, ossia la “tutela della concorrenza” (art. 117, lett. e), la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (art. 117, lett. m) e la “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema” (art. 117, lett. s).

Quanto alla tutela dell'ambiente e alla fissazione dei livelli minimi essenziali, la Corte ha osservato che esse non individuano materie in senso stretto, ma rappresentano “una competenza statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle”.¹⁰

La competenza in tali materie, pertanto, rappresenta per lo Stato uno strumento fondamentale per garantire sul territorio nazionale una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, anche in un quadro normativo caratterizzato da un maggiore livello di autonomia regionale e locale. Secondo la Consulta, le relative scelte “almeno nelle linee essenziali [debbono essere] operate dallo Stato con legge”, la quale dovrà determinare anche “adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori”.¹¹

Si tratta, in buona sostanza, di garantire quella universalità dei servizi che, con la riforma del Titolo V ha acquistato rango costituzionale.

Al pari della “tutela dell'ambiente” e della “determinazione dei livelli essenziali”, la “tutela della concorrenza” assume una portata trasversale: essa, infatti, non individua una materia in senso proprio, imponendo piuttosto la promozione di un fine e la cura di un valore che ha ricadute trasversali anche in materie attribuite alle Regioni a titolo di competenza legislativa concorrente o esclusiva.

Ciò vale soprattutto per la materia dei servizi pubblici, rispetto ai quali la tutela della concorrenza spiega efficacia sia nei confronti dello Stato, sia nei confronti delle Regioni e degli enti locali.

Sul punto la Corte costituzionale si è espressa osservando che la nozione adottata nel diritto interno riflette quella operante in ambito comunitario. Pertanto, essa non si esaurisce negli interventi propriamente anti-trust, che si traducono perlopiù nel divieto di condotte anticoncorrenziali (intese, concentrazioni e abusi di posizione dominante), ma abbraccia anche le misure di regolazione e la disciplina degli aiuti, nella misura in cui questa sia volta a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza.

A tal riguardo, ha osservato la Corte che “la tutela della concorrenza [...] non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e di ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quella accezione dinamica, ben nota nel diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche rivolte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”.¹²

L'inclusione della concorrenza tra i titoli di legittimazione dell'intervento statale, dunque, fornisce la base giuridica idonea a giustificare la permanente validità, anche nel mutato quadro costituzionale, della ampia normativa statale che nel corso degli anni ha investito i servizi pubblici nell'ottica della promozione della concorrenza.¹³

ipotesi di silenzio assenso per l'installazione degli impianti; all'obbligo degli operatori che forniscono le reti di tenere indenne l'ente locale dalle spese necessarie per l'installazione e per i successivi interventi di manutenzione, nonché all'obbligo di ripristinare a regola d'arte le medesime aree; alla necessità del nulla osta del Ministero delle Comunicazioni per la costruzione, modifica e lo spostamento di condutture di energia elettrica, poiché il nulla osta assolve alla stessa funzione svolta, nel settore energetico, dalle regole tecniche adottate dal Gestore della Rete Nazionale.

¹⁰ In tal senso, Corte costituzionale 536 del 2002, e 282 del 2002.

¹¹ Corte costituzionale 88 del 2003.

¹² Corte costituzionale, 14 del 2004.

¹³ Corte costituzionale, 14 del 2004.

Quanto alle Regioni, la previsione della tutela della concorrenza nel nuovo art. 117 della Cost., assume rilievo anche per esse.

Difatti, nel settore dei grandi servizi a rete queste sono titolari di potestà legislativa concorrente e di potestà regolamentare, il cui esercizio potrebbe incidere negativamente sulla concorrenza: ad esempio, regolazioni fortemente differenziate potrebbero ostacolare la circolazione dei beni e dei servizi, con detrimento per il mercato e la competizione tra le imprese.¹⁴

Come ha osservato l'Autorità garante, occorre evitare "forme di iper-regolazione e di reintroduzione a livello locale di restrizioni e di vincoli aboliti da interventi nazionali".¹⁵

Pertanto, le Regioni oltre ad osservare i principi fondamentali elaborati in materia dallo Stato, nell'esercizio della potestà legislativa sono tenute a rispettare anche i "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario" - primo tra tutti quello della tutela della concorrenza (art. 86, comma 2, Trattato CE) -, dovranno astenersi dall'adottare normative regionali "disomogenee o addirittura discriminatorie tra operatori, attività ed ambiti geografici".¹⁶

5. I servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza

5.1. Specifica trattazione è stata riservata al tema della concorrenza nella sentenza 272/2004, originata da una questione di legittimità costituzionale relativa alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.¹⁷

La pronuncia ha avuto origine da un ricorso con cui la Regione Toscana aveva impugnato diverse norme del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326, e, per quanto qui interessa, l'art. 14, commi 1 e 2, in riferimento agli artt. 117 e 118 della Costituzione. La Corte, nel caso di specie, ha sostanzialmente confermato l'impostazione della citata pronuncia 14/2004 per poi specificare ulteriormente i contenuti delle competenze statali al riguardo.¹⁸

Nel contrastare le tesi della Regione, la Consulta, respingendo le tesi della ricorrente, ha sottolineato come non possa essere accolta la "distinzione di competenze legislative tra Stato e Regioni in ordine rispettivamente a misure di "tutela" o a misure di "promozione" della concorrenza", poiché "la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato".

La Corte ha precisato che, "l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali "di rilevanza economica" e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali".

Inoltre, richiamata la sentenza 14/2004 laddove ha stabilito che i "vari strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi", la sentenza 272/2004 riconosce il criterio di "proporzionalità" e "adeguatezza" come "essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla "tutela della concorrenza" e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali".¹⁹

5.2. Occorre sottolineare, da ultimo, una recente decisione²⁰ con cui la Consulta si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Governo con riferimento a disposizioni della legge della Regione Abruzzo del 5 agosto 2004, n. 23, recante "Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica", che

¹⁴ A tal proposito, si veda il caso della c.d. tassa sul tubo, ovvero il tributo istituito dalla Regione Sicilia, con legge 2 del 2002, "allo scopo di finanziare investimenti finalizzati a ridurre e prevenire il potenziale danno ambientale derivante dalle condotte installate sul territorio della Regione siciliana, nelle quali è contenuto il gas metano".

¹⁵ AS226, Riforma della regolazione e della concorrenza.

¹⁶ AS226, Riforma della regolazione e della concorrenza, cit.

¹⁷ Corte costituzionale, Punto 3 del *Considerato in diritto*, della sentenza 272 del 2004.

¹⁸ La Regione Toscana, nel ricorso distingueva tra "tutela" (di competenza statale) e "promozione" della concorrenza (spettante invece alle regioni nel concreto svolgersi dei servizi pubblici locali).

¹⁹ Nel caso di specie, dunque, ha ricevuto l'avallo del Giudice delle leggi una disciplina delle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali che mira a conservare pressoché intatta la posizione dominante che l'ente locale attualmente ricopre.

²⁰ Corte costituzionale, sentenza 29 del 1 febbraio 2006.

disciplinano le modalità di affidamento della gestione di tali servizi alle società a capitale interamente pubblico o a capitale misto pubblico-privato, nonché il regime giuridico delle medesime.²¹

In particolare, la Corte desume dall'art. 113 del D. Lgs. 267 del 2000, i seguenti principi generali:

- a) la proprietà pubblica delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali funzionali all'esercizio del servizio pubblico (art. 113, comma 13);
- b) il rinvio alle discipline di settore, a cui è rimessa l'individuazione dei casi in cui l'attività di gestione dei suddetti beni può essere separata dall'erogazione del servizio (art. 113, comma 3); nel qual caso, per la relativa gestione gli enti locali si avvalgono, con affidamento diretto, di società proprietarie delle reti, a capitale interamente pubblico costituite allo scopo, oppure, mediante procedure di evidenza pubblica, di imprese idonee (art. 113, comma 4 e 13);
- c) l'affidamento dell'erogazione del servizio e del conferimento della relativa titolarità secondo le forme gestionali indicate nell'art. 113, comma 5;
- d) il divieto per le società che in Italia o all'estero gestiscono a qualsiasi titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica o a seguito dei relativi rinnovi, nonché per le società controllate o collegate alle medesime, ovvero per i soggetti titolari della gestione delle reti (quando sia disgiunta dall'erogazione del servizio) di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio pubblico (art. 113, comma 6);
- e) l'entrata in vigore del divieto, fissato a partire dal 1° gennaio 2007, a meno che non si tratti «dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa» (comma 15-quater, aggiunto all'art. 113 dall'art. 4, comma 234, della LEGGE 350/2003).

Nell'ambito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica il rispetto dei principi posti dalla legge statale per la salvaguardia della concorrenzialità del mercato costituisce dunque un limite alla potestà legislativa regionale residuale, cui deve però aggiungersi, in ossequio all'art. 117, comma 1, la conformità alla disciplina comunitaria dei servizi di interesse economico generale.

Tali limiti, invece, non possono essere opposti alle Regioni nella disciplina dei servizi pubblici privi di rilevanza economica. Rispetto a tale tipologia di servizi, infatti, la Corte ha in precedenza sostenuto la non applicabilità del «titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza» poiché «in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale» sicché deve essere riconosciuto un congruo «spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale e anche locale» (di qui l'incostituzionalità conseguenziale dell'art. 113-bis). Analogamente si dica per la disciplina comunitaria, stante la rilevanza che in essa assume il carattere economico dell'attività. In questo settore non può però ritenersi esclusa una più incisiva incidenza della competenza esclusiva statale in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) (come invece è accaduto con riguardo alla questione oggetto della sentenza 272 relativa ai servizi dotati di rilevanza economica).

5.3. Le argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale con riferimento ai servizi pubblici a rilevanza economica, giustificano un differente assetto normativo per i servizi privi di rilievo economico, per i quali non sussistono ragioni di tutela della concorrenza. In relazione a questo tipo di servizi, alla luce del Titolo V della Costituzione novellato, la disciplina regionale e locale acquista maggiori spazi anche in ossequio ai principi di sussidiarietà verticale e orizzontale.

Quanto alla linea di confine tra servizi dotati o meno di rilevanza economica, essa è di derivazione comunitaria e può essere individuata attraverso le osservazioni formulate dalla Commissione europea nel Libro bianco sui servizi di interesse generale del 12 maggio 2004 (Com (2004) 374).

²¹ Le censure proposte dal Governo riguardavano la violazione degli artt. 3 e 117, comma 1, della Cost. – in relazione agli artt. 52 e 66 del Trattato (ora artt. da 43 a 55) –, e comma 2, lettere e), l), p), nonché 3° comma della Costituzione.

In particolare, la Commissione ha precisato che l'espressione servizi di interesse generale, non presente nel Trattato CE,²² riguarda sia i servizi di mercato, sia quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.

Nell'ambito dei servizi di interesse economico generale la Commissione ha distinto tre categorie:

- a) quelli serviti da grandi industrie di rete (telecomunicazioni, poste, elettricità, gas, trasporti, etc.), che hanno un sicuro e preciso rilievo comunitario;
- b) altri servizi di interesse economico generale (rifiuti, approvvigionamento idrico, etc): in generale, tali servizi sono disciplinati a livello comunitario dalle norme riguardanti il mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di Stato a condizione che interessino gli scambi fra gli Stati membri e fatte salve le interferenze con specifiche discipline comunitarie, quali quelle sull'ambiente;
- c) servizi non economici e che non incidono sugli scambi: non sono soggetti alle predette normative comunitarie inerenti il mercato e la concorrenza ma sono soggette alle discipline comunitarie riguardanti anche le attività non economiche, quali quelle relative al principio fondamentale di non discriminazione.

La Commissione ha precisato, pertanto, che la normativa relativa ai servizi economici ha rilievo in relazione alle attività che comportano una offerta di beni e servizi su un dato mercato: si tratta di una nozione dinamica, nel senso che servizi economici e non economici possono essere offerti da uno stesso soggetto ed essere attinenti al medesimo settore, e nel senso che la possibilità che una data attività possa essere attratta nell'alveo di rilevanza economica è influenzata dall'evoluzione tecnologica, economica e sociale.

Pertanto, sulla base alle nozioni ricavabili dalla giurisprudenza comunitaria, possono essere definiti privi di rilevanza economica quei servizi caratterizzati dalla assenza di – prevalente – scopo di lucro; dalla mancata assunzione del rischio di impresa; dall'eventuale finanziamento pubblico dell'attività. Si tratta, invero, delle attività rette dal principio solidaristico, per le quali non sarebbe possibile neanche teoricamente l'autofinanziamento, o per la stessa natura dell'attività, o per i particolari vincoli posti dal Legislatore per motivi di interesse generale: occorre, cioè, una oggettiva impossibilità di sopravvivere sul mercato senza un finanziamento pubblico.

In altre parole, è "economica" l'attività propria dell'imprenditore che gestisce i servizi con metodo economico, cioè coprendo i costi con i ricavi, anche se mosso da un fine solidaristico e/o mutualistico (cooperative) e anche se le condizioni di mercato non consentono - di fatto - la remunerazione dei fattori produttivi, essendo sufficiente a questo scopo la sola teorica possibilità di remunerazione.

Non può peraltro affermarsi che tali servizi avrebbero una rilevanza marginale sotto il profilo qualitativo e quantitativo, sia perché essi assorbono una quota rilevante di risorse pubbliche, sia perché dalla loro erogazione dipende in gran parte il benessere della collettività.

5.4. In sintesi, il quadro costituzionale consente un modello attuativo dei servizi pubblici che può assumere vesti flessibili e articolate in grado di bilanciare i principi della concorrenza con le esigenze sociali e di interesse generale.

Con specifico riferimento al settore dei servizi pubblici locali, allo Stato dovrebbe spettare la definizione delle condizioni generali di concorrenza da garantire in modo uniforme, nonché degli standard qualitativi e quantitativi delle prestazioni da assicurare su tutto il territorio nazionale; alle Regioni, invece, spetterà la disciplina dei singoli settori attribuiti alla propria competenza, con l'introduzione di quei margini di flessibilità in ordine alla scelta degli strumenti in grado di superare le asimmetrie del mercato interessato.

Le Regioni dispongono di una competenza legislativa esclusiva-residuale sia nei servizi pubblici privi di rilevanza economica che in quelli di rilevanza economica limitatamente, in quest'ultimo caso, alla disciplina dei criteri di aggiudicazione delle gare e a quelli di scelta del socio privato nelle società a capitale misto. Ad ogni modo, in base al principio di autonomia organizzativa, la scelta in concreto del modulo organizzativo del servi-

²² È, invece, presente nel Trattato CE (artt. 16 e 86, paragrafo 2) l'espressione servizi di interesse economico generale quale nozione riguardante servizi di natura economica che, per considerazioni di interesse generale, gli Stati o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico: essa riguarda alcuni servizi erogati dalle grandi industrie di rete (trasporti, energia, comunicazione, poste).

zio spetta all'ente territoriale titolare del servizio che, nel rispetto dei principi generali fissati con norme di principio di fonte statale, potrà con normativa di dettaglio disporre l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica, mediante procedura ad evidenza pubblica.

Sia a livello comunitario che in ambito nazionale, è lasciata agli enti territoriali competenti la scelta sul concreto modulo gestionale con cui affidare il servizio. Inoltre, è opportuno sottolineare che, mentre l'affidamento diretto del servizio costituisce eccezione al principio generale di espletamento della gara per l'affidamento del servizio, l'utilizzo della procedura ad evidenza pubblica rappresenta la regola.

Per concludere, la Regione potrà, mantenendosi nell'ambito delle proprie competenze legislative, disporre l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali tramite procedura ad evidenza pubblica.

6. L' "in house providing"

6.1. La formula affidamenti "in house", codificata come si è avuto modo di precisare, con l'art. 14 del DL 263/2003, si riferisce ai casi in cui un contratto pubblico (appalto o concessione) viene affidato direttamente, senza l'esperimento di procedure di gara, a soggetti che "sono parte" della stessa Amministrazione aggiudicatrice/concedente (libertà di autoproduzione).

La modalità di affidamento "in house" costituisce, quindi, un'eccezione al principio generale dell'applicazione delle procedure a evidenza pubblica per gli affidamenti di appalti di lavori, servizi e forniture, nonché per le concessioni di lavori e servizi. L'autoproduzione, infatti, escludendo la concorrenza per (o nel) mercato, non fa sorgere l'esigenza di parità di trattamento tra gli operatori economici e, dunque, la necessità di esperire procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici.

La legittimità della scelta in favore dell'autoproduzione trova fondamento nel c.d. principio di "autoorganizzazione amministrativa", il quale trova a sua volta corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale. Pertanto, la libertà di autoproduzione, in quanto componente essenziale dell'autonomia organizzativa degli apparati amministrativi, non si pone in contrasto con il diritto comunitario.²³

6.2. Come anticipato, il concetto di "in house providing" è stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria al fine di armonizzare i principi relativi alla tutela della concorrenza (presenti nel Trattato CE), con il potere di auto-organizzazione egualmente riconosciuto alle Amministrazioni pubbliche dei singoli Stati.

In particolare, la Corte di Giustizia ha per la prima volta delineato la figura degli affidamenti "in house", nella sentenza sul caso Teckal S.r.l. contro il Comune di Viano (18 novembre 1999, procedimento C-107/98).²⁴ La questione riguardava l'affidamento diretto, da parte del Comune di Viano, della gestione del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali, nonché della fornitura dei combustibili necessari, in favore di un consorzio costituito da diversi comuni per la gestione dei servizi di energia e ambiente. La Teckal S.r.l. (società operante

²³ In questo senso, in una recente sentenza, il TAR Lombardia, Brescia, con la pronuncia del 5 dicembre 2005, n. 1250 ha affermato che "è senza dubbio ammissibile che una pluralità di enti pubblici proceda all'affidamento diretto di un dato servizio prestato nel proprio interesse ad una società di capitali partecipata dai soli enti in questione, per quote commisurate allo stesso interesse al servizio di cui ciascuno è titolare, così tutelandosi la "libertà di autoproduzione" (l'espressione è di Cons. St., sez V, 23 aprile 1998, n. 477) da parte dell'ente pubblico dei beni e servizi che esso intende offrire alla collettività di riferimento". In precedenza, peraltro, il Consiglio di Stato, sezione V, con la pronuncia del 18 settembre 2003, n. 5316, aveva affermato che l'esclusione dell'applicazione delle procedure a evidenza pubblica "trova la propria ratio nel fatto che, nei confronti di un soggetto controllato e che svolge la sua prevalente attività per il soggetto controllore, non sarebbero ravvisabili situazioni di pregiudizio per la parità di trattamento degli operatori economici e per il rispetto delle regole della concorrenza".

²⁴ In precedenza altre pronunce della Corte avevano tratto il tema solo per obiter dictum. Più interessanti erano invece le relative conclusioni degli Avvocati Generali. In particolare, nel caso Arnhem (sentenza 10 novembre 1998, procedimento C-360/96), l'Avvocato Generale La Pergola ha sottolineato come dalla dipendenza economica di una società di capitali rispetto agli enti di riferimento (dai quali era stata costituita) discendeva la conseguenza che la prima non poteva considerarsi estranea alla struttura organizzativa degli enti soci di cui costituiva un mero organo indiretto. Nel caso Ri.San contro Comune di Ischia (sentenza 9 settembre 1999, procedimento C-108/98), l'Avvocato Generale Alber ha precisato che la qualità di società per azioni non basta ad escludere che essa faccia parte della pubblica amministrazione. Pertanto, conclude che deve essere il giudice nazionale – caso per caso e sulla base di un'analisi funzionale fondata sulle circostanze di fatto – a verificare che l'organismo societario incaricato del servizio sia parte della stessa Amministrazione affidataria. Nel caso di specie, la Corte non ha ritenuto sufficiente il mero intreccio finanziario a configurare un rapporto "in house" ente pubblico-società di gestione (il Comune di Ischia deteneva infatti il 51% del capitale sociale della Ischia Ambiente S.p.A., mentre il 49% era detenuto dalla GEPI S.p.A. che a sua volta era controllata al 100% dallo Stato). In effetti, affermano i giudici comunitari, oltre all'intreccio finanziario, è necessario accertare la presenza di un'attribuzione di compiti fra organi al fine di constatare l'esistenza di un servizio "in house".

nel medesimo settore) impugnava la delibera di affidamento per il mancato esperimento delle procedure di aggiudicazione a evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria sugli appalti. Nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, il giudice a quo domandava, appunto, se tale normativa fosse applicabile nel caso in cui un ente locale avesse affidato direttamente la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi a un consorzio a cui esso partecipi.

Al quesito la Corte ha risposto che la direttiva 93/36, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, è applicabile ove l'Amministrazione intenda stipulare un contratto a titolo oneroso (avente a oggetto la fornitura di prodotti) con un ente giuridicamente distinto da essa, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia a sua volta un'Amministrazione o meno.

La normativa europea in tema di contratti pubblici, infatti, non trova applicazione quando manchi un rapporto contrattuale, in senso stretto, tra due soggetti. Per affermare tale inesistenza, la Corte sancisce che il giudice nazionale deve verificare se via sia o meno un incontro di volontà tra l'Amministrazione e una persona da essa giuridicamente distinta, salvo il *"caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano"*.²⁵

In questo modo la Corte ha enucleato – seppur in negativo – i criteri e i requisiti sulla base dei quali le Amministrazioni Pubbliche possono procedere ad affidamenti senza il previo esperimento di gare pubbliche, ossia senza applicare le procedure previste dalle direttive comunitarie.

In altri termini, il giudice comunitario ha statuito che in presenza dei requisiti del c.d. controllo analogo e della realizzazione della parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente pubblico controllante, un soggetto di diritto privato, seppure giuridicamente distinto dalla Pubblica Amministrazione, non può essere considerato un organismo terzo rispetto a questa. Manca, dunque, quell'incontro di volontà tra due soggetti in grado di instaurare tra loro un vero e proprio vincolo contrattuale e, di conseguenza, l'Amministrazione aggiudicatrice può prescindere dall'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici.

In un successivo caso (Arge, sentenza 7 dicembre 2000, procedimento C-94/99), le conclusioni dell'Avvocato Generale Léger riprendendo le argomentazioni svolte dalla Corte di Giustizia nella sentenza Teckal, ne forniscono una chiave di lettura utile a delineare i confini dell'organizzazione amministrativa e, di conseguenza, a segnare il perimetro entro cui una P.A. può procedere con affidamenti *"in house"*.

In sostanza – sostiene l'Avvocato Generale – se un'Amministrazione gode, nei confronti di un operatore, di un potere di controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, i compiti che può affidargli saranno trattati come se fossero stati delegati al suo interno. Infatti, *"la capacità dell'ente territoriale di influire sul funzionamento del prestatore e l'assenza di autonomia che ne deriva per quest'ultimo negano qualsiasi concretezza al contratto stipulato tra l'ente ed il prestatore di servizi"*.²⁶

E ancor più nello specifico, *"la riserva espressa nella citata sentenza Teckal è fondata sul principio secondo il quale la mancanza di autonomia di un ente economico rispetto ad un ente territoriale che ne detiene la proprietà rende impossibile o illusoria l'esistenza di un contratto tra queste due persone, pur tuttavia giuridicamente distinte. L'ipotesi di un rapporto giuridico che esuli dalla sfera di applicazione della direttiva presuppone quindi che l'amministrazione aggiudicatrice che richiede all'operatore la realizzazione di differenti servizi sia precisamente l'ente territoriale che esercita su di esso uno stretto controllo e non un'altra autorità"*.²⁷

Tuttavia, *"la sola constatazione di una dipendenza strutturale nei confronti dell'ente pubblico che avvia una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non è sufficiente poter considerare i servizi che essi forniscono come prestazioni analoghe a quelle di cui disporrebbero tali autorità ricorrendo alle loro proprie risorse interne"*,

²⁵ Punto 50 della sentenza Teckal. Tali criteri, come anticipato, sono stati codificati nell'ordinamento nazionale con il DL 30 settembre 2003, n. 269 che ha modificato l'art. 113, comma 5, D.Lgs. 267/2000.

²⁶ Punto 59 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

²⁷ Punto 66 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

infatti, “un contratto non può essere considerato come stipulato tra persone distinte qualora l'operatore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti territoriali che lo controllano”.²⁸

L'Avvocato Generale analizza, dunque, anche il secondo dei requisiti dettati dalla Corte nella sentenza Teckal, sottolineando che *“un ente non è necessariamente privato della libertà di azione, se esso può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori, per la sola ragione che le decisioni che lo riguardano sono prese dall'ente pubblico che lo controlla. Per contro, esso deve essere considerato come totalmente vincolato alla sua autorità controllante qualora il rapporto organico che lo unisce ad essa evoca la figura di una quasi esclusiva, a vantaggio di quest'ultima, per i servizi che l'ente fornisce. Tale situazione testimonia la volontà dell'ente territoriale non solo di utilizzare le prestazioni per fini pubblici, ma anche di destinarle principalmente a suo vantaggio”*.²⁹

6.3. La stessa giurisprudenza comunitaria, tuttavia, conferisce una valenza generale ai principi sull' *“in house providing”*, estendendone l'applicazione anche ai casi che esulano dalle direttive in materia di appalti: in particolare, alle concessioni di servizi pubblici.

Come noto, le concessioni di servizi pubblici sono contratti che presentano le medesime caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, a eccezione del fatto che il corrispettivo per la prestazione del servizio consiste nel diritto di gestire il servizio medesimo.³⁰

Tali tipologie di contratti esulavano dal campo di applicazione delle direttive comunitarie 92/50 e 93/38 e oggi anche da quello della nuova direttiva 2004/18. Ciò nondimeno, con la sentenza sul caso Teleaustria (7 dicembre 2000, procedimento C-324/98), la Corte di Giustizia ha statuito che *“gli enti aggiudicatori che li stipulano sono [...] tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare, dato che tale principio implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato”*.³¹

“Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione”.³²

I principi fissati con la sentenza Teleaustria sono stati ripresi e specificati dalle più recenti sentenze della Corte sul caso Padania Acque (21 luglio 2005, procedimento C-231/03)³³ e soprattutto su quello Parking Brixen (13 ottobre 2005, procedimento C-458/03).

Nella prima sentenza, la Corte ha statuito che in mancanza di una disciplina espressa *“è alla luce del diritto primario e, più in particolare, delle libertà fondamentali previste dal Trattato che devono essere esaminate le conseguenze di diritto comunitario relative all'affidamento di tali concessioni”*.³⁴

Nel caso Parking Brixen, la Corte ha ribadito l'applicabilità diretta delle disposizioni di cui agli artt. 43, 49 e 86 del Trattato CE, nonché dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione (non solo su base nazionale). Pertanto, anche nel caso di concessioni di servizi pubblici, l'applicazione delle disposizioni e dei principi citati impediscono il loro affidamento senza l'esperienza di gare a evidenza pubblica, salvo

²⁸ Punti 70 e 72 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

²⁹ Punti 73 e 74 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

³⁰ In questo senso si veda la Comunicazione Interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000; oppure più di recente le definizioni fornite dalla Direttiva 2004/18/CE (art. 1) e poi recepite dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (art. 3).

³¹ Punto 2 del dispositivo della sentenza Teleaustria.

³² Punto 3 del dispositivo della sentenza Teleaustria.

³³ La fattispecie concerneva un caso di affidamento diretto da parte del Comune di Cingia de' Botti in favore di Padania Acque S.p.A. (società a prevalente capitale pubblico, in cui detto Comune detiene una partecipazione dello 0,97%) del servizio di gestione, distribuzione e manutenzione del sistema di distribuzione del gas metano. Nella decisione, Corte ha osservato che *“nella misura in cui la detta concessione può interessare anche un'impresa con sede in uno Stato membro diverso [...] l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale concessione ad un'impresa con sede in quest'ultimo Stato membro costituisce una differenza di trattamento a danno dell'impresa avente sede nell'altro Stato membro. [...] Orbene, a meno che non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta differenza di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE”*.

³⁴ Punto 16 della sentenza Padania Acque.

appunto che si rientri nei confini dell' *"in house providing"*. Infatti, *"la totale mancanza di gara nel caso di un'attribuzione di concessione di pubblici [...] non è conforme al disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza"*.³⁵

6.4. Dopo aver riconosciuto la necessità dell'esperimento di gare pubbliche per ogni tipologia di affidamento e individuato come unica eccezione quella dell'*"in house providing"*, nelle sentenze più recenti, la giurisprudenza comunitaria ha adottato un orientamento restrittivo in relazione ai requisiti per poter procedere agli affidamenti senza gara e, in particolare, alla compatibilità del modello delle società miste con l'*"in house"*.³⁶

Nella sentenza sul caso Stadt Halle (11 gennaio 2005, procedimento C-26/03),³⁷ la Corte ha affermato che la relazione *"in house"* non può sussistere tra enti locali e società dai medesimi controllate ove si tratti di società pubblico-private (ossia società miste), in quanto *"la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi"*.³⁸ Tale conclusione si fonda su due argomenti:

- (i) *"il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottosta a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente"*;
- (ii) *"l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttive 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti"*.

Tale orientamento è stato confermato in successive sentenze della Corte sui casi Parking Brixen, Mödling (10 novembre 2005, procedimento C-29/04), Anav c. Comune di Bari (6 aprile 2006, procedimento C-410/04) e Carbotermo-Alisei (11 maggio 2006, procedimento C-340/04). In particolare, nella citata sentenza Anav c. Comune di Bari,³⁹ la Corte ha sostenuto che *"Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano a una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene"*.

In particolare, secondo la Corte, qualora il capitale della società fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario (vedi, in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria). La partecipazione, ancorché minoritaria,

³⁵ Punti 18 e 19 della sentenza Padania Acque.

³⁶ I principi affermati a livello giurisprudenziale sono stati introdotti nell'ordinamento italiano in sede di recepimento delle nuove direttive appalti. In particolare, l'art. 30, D.Lgs. 14 aprile 2006, n. 163, dopo aver escluso l'applicazione delle disposizioni del decreto alle concessioni di servizi, statuisce che *"la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi"*. E, infine, fa salve *"purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici"*.

³⁷ La fattispecie riguardava la concessione mediante affidamento diretto della gestione di alcuni parcheggi pubblici a pagamento da parte del Comune di Bressanone in favore di ASM Bressanone S.p.A. (società nata dalla trasformazione dell'Azienda Speciale Servizi Municipalizzati Bressanone e il cui capitale sociale, al momento dell'affidamento del servizio, è totalmente detenuto dall'Amministrazione Comunale).

³⁸ Nel caso di specie la causa riguardava l'affidamento di un contratto da parte della città di Halle a una sub-controllata e cioè da una società controllata al 24,9% da un'impresa privata scelta senza previo svolgimento di una formale procedura di gara, e al 75,1% da una società controllata al 100% da una società controllata a sua volta al 100% dalla città di Halle.

³⁹ La Corte nel caso di specie ha risposto ad una ordinanza di rimessione del TAR Puglia, Bari, sez. III del 8 settembre 2004, n. 885, relativa ad una questione sorta nell'ambito di una controversia tra l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (in prosieguo: l'«ANAV»), da un lato, e il Comune di Bari e l'AMTAB Servizio SpA (in prosieguo: l'«AMTAB Servizio»), dall'altro, concernente l'affidamento a quest'ultima del servizio di trasporto pubblico sul territorio del detto comune.

di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l'autorità pubblica concedente esclude, infatti, che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

In altri termini, secondo la Corte se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione "interna" di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene.

Dalle considerazioni svolte dai giudici comunitari nella sentenza *Anav c. Comune di Bari*, si ricavano quattro elementi, il concorrere dei quali deve essere valutato al fine di determinare la sussistenza del controllo analogo di un'Amministrazione su una società di diritto privato. In particolare:

- (i) l'oggetto sociale non deve essere esteso a settori disomogenei;
- (ii) il capitale sociale che non deve essere aperto ai privati o a soggetti pubblici non coinvolti;
- (iii) l'ambito territoriale di attività deve essere limitato entro i confini geografici del/i soggetto/i che partecipano alla società;
- (iv) il sistema di amministrazione e controllo della società deve essere disegnato in modo tale da non concedere all'organo amministrativo della società poteri di gestione esercitabili autonomamente senza alcuna possibile ingerenza nella gestione della società e del servizio da parte dei soci pubblici.

6.5. In conclusione, la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia – pur mantenendo fermi i requisiti dettati dalla sentenza *Teckal* – ha notevolmente ridotto la possibilità per un'Amministrazione di instaurare un rapporto "in house" con una società partecipata di diritto privato. In particolare, tale rapporto non potrà configurarsi qualora un ente pubblico intenda affidare la gestione di un servizio a una società partecipata, anche minimamente, da soggetti privati.

7. L'apertura ai privati del capitale delle società "in house"

Quanto alla questione relativa alla cedibilità delle quote a privati nelle società "in house", occorre approfondire la problematica riguardante la fattispecie in cui, pur essendo prevista dallo statuto sociale la possibilità di cedere della quote a privati, al momento dell'affidamento c.d. "in house", la società sia interamente in mano pubblica.

La Corte di Giustizia Europea nella pronuncia "*Stadt Halle*" ha esaminato la questione relativa alla possibilità che l'autorità aggiudicatrice sia tenuta ad applicare le procedure di gara d'appalto previste dalla direttiva 92/50 a causa del solo fatto che un'impresa privata detenga una partecipazione, anche di minoranza, nel capitale della società controparte contrattuale.

Secondo la Corte⁴⁰ la partecipazione, anche di minoranza, di una impresa privata nel capitale di una società a cui partecipa anche l'autorità aggiudicatrice interessata esclude in ogni caso che tale autorità aggiudicatrice possa esercitare un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi. Infatti, il rapporto tra un'autorità pubblica, che è un'autorità aggiudicatrice, e i propri servizi è disciplinato da considerazioni ed esigenze proprie al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Al contrario, l'ingresso di capitale privato in una impresa obbedisce a considerazioni relative agli interessi privati e persegue obiettivi di natura diversa. L'aggiudicazione di un appalto pubblico ad una impresa ad economia mista senza appello alla concorrenza comprometterebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata e il principio di parità di trattamento degli interessati previsto dalla direttiva 92/50, in quanto tale procedura offrirebbe ad una impresa privata presente nel capitale un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

Sul punto, l'Avvocato Generale Stix-Hackl, nelle conclusioni rese nel procedimento "Carbotermo"⁴¹ ha avuto modo di precisare che, "[...] ai fini della valutazione giuridica della sussistenza del requisito del controllo analogo a quello esercitato su un proprio servizio, è necessario verificare in concreto se il criterio del controllo sia rispettato. In proposito, si tratta di verificare se l'entità controllata disponga soltanto di una limitata autonomia, in

⁴⁰ Corte di Giustizia Europea 10 Novembre 2005, n. C-29/04.

⁴¹ Conclusioni rese all'udienza del 12 gennaio 2006, nel procedimento C-340/04, Carbotermo.

particolare nei confronti dei soci". In particolare, secondo l'Avvocato Generale "la forma giuridica della società per azioni, ad esempio di quella secondo il diritto italiano, di per sé non esclude l'esistenza di un sufficiente controllo. Poiché il criterio del controllo si riferisce alla capacità di influenzare la gestione della società nel suo complesso, in concreto, per valutare se le disposizioni generali ed astratte del diritto nazionale e la concreta configurazione dello statuto della società interessata consentano un controllo sufficiente, è necessario esaminare una fattispecie concreta. Questa valutazione però, così come l'interpretazione del diritto nazionale, ai sensi della ripartizione di competenze di cui all'art. 234 CE non spetta alla Corte, ma al giudice nazionale".

Di recente il TAR Puglia, Lecce, è intervenuto sull'argomento con una pronuncia attraverso cui ha avuto modo di precisare che "[...] per quanto concerne i poteri del Consiglio di Amministrazione [...] la Corte di Giustizia ritiene che la possibilità di apertura a privati del capitale sociale di un soggetto affidatario in house di servizi pubblici locali dà luogo ad una violazione delle direttive in materia di appalti pubblici (vedasi al riguardo i paragrafi 67 della sentenza [...]) Nel caso in cui lo Statuto di una società mista prevede l'apertura, sia pure facoltativa, del pacchetto azionario a soci privati, si deve inferire che la p.a. non esercita sulla società un controllo "analogo" nel senso desumibile dalle sentenze della Corte di Giustizia Ce, ai fini dell'ammissibilità dell'affidamento di servizi pubblici locali in house providing (vedasi al riguardo i paragrafi 67 della sentenza Parking Brixen, 38 e seguenti della sentenza Mödling e 32 della sentenza ANAV) [...]) Nel caso in cui lo Statuto di una società mista prevede l'apertura, sia pure facoltativa, del pacchetto azionario a soci privati, si deve inferire che la p.a. non esercita sulla società un controllo "analogo" nel senso desumibile dalle sentenze della Corte di Giustizia Ce, ai fini dell'ammissibilità dell'affidamento di servizi pubblici locali in house providing."⁴²

Questo tipo di impostazione può apparire eccessivamente rigorosa anche perché, far leva sulla astratta possibilità di apertura del capitale a soci privati per escludere il rapporto "in house" significa, in realtà, operare una sorta di processo alle intenzioni.

È chiara peraltro la preoccupazione sottostante a siffatta impostazione, e cioè quella di precludere in radice ogni possibile elusione del principio di affidamento con gara.

8. Le società holding nel vigente sistema di affidamenti "in house"

Con riferimento alla problematica relativa alla eventuale compatibilità della struttura societaria ad "holding" con i requisiti richiesti per l'"in house providing", la Corte di Giustizia Europea ha ritenuto che il controllo societario "indiretto" sia di per sé affievolito rispetto allo standard del "controllo analogo": "L'intervento di un siffatto tramite [una società holding] può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale."⁴³

La Corte, tuttavia, non esclude del tutto che il controllo analogo possa essere raggiunto anche rispetto a una società partecipata indirettamente. Tale risultato, sembrerebbe volere indicare la Corte, potrebbe aversi in ragione di rapporti societari e convenzionali particolarmente stringenti che si instaurassero tra il soggetto controllante e la società indirettamente controllata. Detti rapporti, secondo il criterio generale fissato dalla giurisprudenza comunitaria, dovrebbero attribuire alla Regione "una influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti" della società controllata indirettamente.⁴⁴

Si tratta, ad ogni modo, di una soluzione da valutare con particolare cautela. Il carattere indiretto della partecipazione, secondo quanto detto, può costituire una presunzione negativa della capacità della Regione di esercitare un "controllo analogo" sulle società partecipate. Tale presunzione andrebbe superata intensificando gli strumenti di controllo diversi da quelli direttamente legati al possesso della partecipazione (ad esempio, limitazioni statutarie all'attività, meccanismi speciali di designazione degli organi e di controllo sulle loro funzioni). Occorre notare, tuttavia, che lo standard fissato dalla Corte è particolarmente rigoroso già nei confron-

⁴² Cfr. TAR Puglia – Lecce – Sezione II, sentenza 8 novembre 2006, n. 5197.

⁴³ Corte di Giustizia, sentenza "Carbotermo", cit., al punto 39.

⁴⁴ Corte di Giustizia, sentenza "Parking Brixen", del 13 ottobre 2005, C-458/03, al punto 65.

ti delle società partecipate direttamente, sicché un suo ulteriore aggravamento potrebbe avere implicazioni di diritto societario non agevolmente risolvibili.

La società indirettamente controllata, inoltre, dovrebbe realizzare la “parte più importante” della sua attività in favore dei soggetti pubblici controllanti. Il dato rilevante non è solo il fatturato realizzato direttamente con l’ente o con gli enti controllanti bensì, più in generale, “[...] quello che l’impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall’ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni”. In una concessione di servizio pubblico, ad esempio, occorrerebbe che i ricavi dalla prestazione del servizio agli utenti finali costituiscano la “parte più importante” del fatturato complessivo dell’impresa. Le varie condizioni appena indicate vanno verificate in concreto, sulla base della configurazione effettiva dei rapporti tra i soggetti pubblici controllanti e le società da essi controllate.

9. L’orientamento giurisprudenziale interno più recente in materia di “in house providing”

9.1. Sulla scia dei criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, il giudice nazionale, dopo che per alcuni anni aveva mantenuto un atteggiamento di maggiore apertura nei confronti delle società miste costituite per la gestione dei servizi pubblici locali,⁴⁵ ha assunto un orientamento più restrittivo.

A questi fini rilevano prevalentemente quelle decisioni nelle quali il giudice amministrativo è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell’affidamento diretto a società cd. multicomunali, cioè partecipate da più enti locali, alcuni dei quali detengano solo quote minime del capitale sociale. In alcuni casi, l’acquisizione di partecipazioni minime ha rappresentato lo strumento attraverso il quale gli enti locali hanno tentato di ampliare il raggio di azione delle S.p.A. pubbliche o miste al di fuori degli ambiti territoriali di pertinenza dei soci pubblici originari.

Il Consiglio di Stato si è recentemente pronunciato su un ricorso avanzato da una società (Saba Italia S.p.a.) contro il Comune di Bolzano per la riforma della sentenza del TAR Trentino Alto Adige sezione autonoma di Bolzano del 20.05.2003 n. 211, affermando che “l’affidamento in house”, ossia senza una gara ad evidenza pubblica, è possibile soltanto laddove il Comune detenga il 100% del pacchetto azionario della società, e non vi siano clausole statutarie che prevedano la possibilità di procedere ad una successiva cessione del capitale sociale”.⁴⁶ In particolare, tale pronuncia è ritornata sul concetto di controllo analogo, individuandone i caratteri essenziali:

- a) innanzitutto, secondo la Corte, il possesso dell’intero capitale sociale da parte dell’ente pubblico perde rilevanza se lo statuto della società prevede la possibilità di alienazione a terzi dello stesso;
- b) inoltre, il controllo analogo non si concretizza nel caso in cui il Consiglio di amministrazione possa adottare tutti gli atti necessari per il conseguimento dell’oggetto sociale, non essendo sufficienti i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci.
- c) infine, quanto alla società affidataria del servizio, il Consiglio di Stato ha osservato che “laddove sia prescritto che il Comune conservi soltanto il 51 % del capitale sociale, prevedendosi la cessione della rimanente quota a soggetti pubblici e privati, ed anche i poteri del consiglio di amministrazione non risultano in alcun modo limitati o correlati a qualche forma di controllo da parte dell’Ente, salvi i poteri spettanti alla maggioranza dei soci secondo il diritto comune [...]”, deriva come conseguenza l’impossibilità di derogare alla regola dello svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto concessionario o affidatario dell’appalto del servizio pubblico in ossequio ai principi di diritto comunitario invocati dall’appellante.

⁴⁵ Consiglio di Stato, Sez. V, 18 settembre 2003, n. 5316. Nel caso di specie il Supremo Consesso ha stabilito che, “la direttiva 93/36/CEE – e, quindi, per l’ordinamento italiano, il D.Lgs. 358 del 1992 – deve applicarsi per l’aggiudicazione di un contratto di fornitura di beni, salvo che l’amministrazione aggiudicatrice eserciti sul fornitore, che sia un soggetto distinto da essa, un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e sempre che il fornitore svolga la parte più importante della propria attività con l’amministrazione o le amministrazioni che lo controllano [...] Siffatto controllo esiste in una fattispecie in cui il comune: a) possiede, per statuto, almeno il 51 per cento del capitale sociale della società per azioni affidataria; b) altre disposizioni dello stesso statuto conferiscono al Comune una posizione dominante, per l’assenso riservatogli in caso di trasferimento di azioni da parte di altri soci, e perciò per il controllo sull’assemblea, nonché per la maggioranza riservatagli in sede di nomina e reintegrazione degli amministratori; c) oltre il novanta per cento dell’attività dell’impresa deriva da attività rese al Comune controllante”.

⁴⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 13.07.2006, n. 4440.

Anche il TAR Friuli Venezia Giulia è intervenuto recentemente sul concetto di “controllo analogo” affermando che “è da escludersi – ictu oculi - che la società sia sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente, laddove, soprattutto a fronte di un oggetto sociale aperto ad interventi di grande spessore e di ampio respiro (Cfr. per un caso analogo, Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03, cit.), è in buona sostanza previsto da parte degli enti associati, ma solo attraverso l'assemblea degli azionisti ed il consiglio di amministrazione, un controllo su alcuni aspetti importanti dell'attività svolta; però manca un “assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato” da parte degli enti nel loro complesso, riguardante “l'insieme dei più importanti atti di gestione.”⁴⁷

Secondo il TAR Friuli quello che più conta, è che se non è ravvisabile “un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione” del Comune sull'attività del soggetto partecipato e che riguarda i più importanti atti di gestione, non può sostenersi, quindi, che il soggetto gestore si atteggi ad una sorta di longa manus dell'affidante nell'ambito di una amministrazione “indiretta”, nella quale la gestione del servizio resti saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente.⁴⁸

Quanto al profilo del nesso di controllo, secondo il TAR Friuli il tipo di controllo di cui si sta parlando può consistere:⁴⁹

- a) nella consultazione tra gli enti associati circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, circa il suo andamento generale, e, soprattutto, circa le concrete scelte operative: con audizione, da disporsi con una frequenza ragionevole, del Presidente e del Direttore generale;
- b) nelle modifiche dello Statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;
- c) nel consenso degli enti associati all'eventuale esercizio di attività contemplate dallo statuto;
- d) nel controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità della gestione, con successiva relazione all'Assemblea degli azionisti, ovvero in ispezioni dirette da parte dei soci.⁵⁰

Sempre in tema di società miste, va segnalato un indirizzo restrittivo che sembra prendere corpo sotto il profilo della necessità della gara per la scelta del socio e per l'affidamento del servizio. In particolare, il C.G.A., discostandosi da alcuni precedenti,⁵¹ ha avuto modo di precisare che, “sembra doversi pervenire ad una interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113 comma 5 lett. b), nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio. Nel diritto comunitario, quanto alle società miste, sembrano evidenziarsi come necessarie le due gare.”⁵²

⁴⁷ TAR Friuli Venezia Giulia, 30 agosto 2006, n. 576.

⁴⁸ Il TAR Friuli Venezia Giulia ha sottolineato che “quello che più conta, è che se non è ravvisabile “un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione” del Comune sull'attività del soggetto partecipato e che riguarda i più importanti atti di gestione, non può sostenersi, quindi, che il soggetto gestore si atteggi ad una sorta di longa manus dell'affidante nell'ambito di una amministrazione “indiretta”, nella quale la gestione del servizio resti saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente. Se, in realtà, il Comune – al pari degli altri soggetti associati – a parte il controllo indiretto di cui si parlato più sopra, ha una rappresentanza diretta solo in seno alla assemblea degli azionisti; ha, poi, un ruolo nella nomina degli amministratori nel contesto dello speciale meccanismo elettorale disciplinato dallo statuto, tutto ciò – de plano – non significa, però, che il Comune possieda quell' “assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato”, con riguardo ai più importanti atti di gestione della società. Oltretutto la Commissione europea ha avvertito che non è sufficiente, al fine di individuare il presupposto del “controllo analogo”, il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario, posto che il soggetto partecipato, in relazione ai più importanti atti di gestione, deve configurarsi solo formalmente come entità distinta dall'amministrazione, dovendo, invece, concretamente essere parte della stessa. Inoltre, come ha stabilito la sentenza della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03, la circostanza che il Comune possa designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione, non è risolutivo per stabilire l'esistenza di un penetrante controllo gestionale da parte del Comune stesso”.

⁴⁹ A tal proposito, viene citata una recente pronuncia dello stesso TAR Friuli Venezia Giulia del 15 luglio 2005, n. 634

⁵⁰ Secondo il TAR Friuli, un siffatto tipo di controllo si potrebbe prevedere attraverso il meccanismo della Convenzione tra tutti gli enti associati ex art. 30 del D.Lgs. 267 del 2000 che appare uno strumento idoneo a realizzare la condizione del “controllo analogo”, voluta dall'ordinamento europeo e nazionale, da parte di una pluralità di enti.

⁵¹ In particolare, Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272.

⁵² Cfr. C.G.A.R.S., in sede giurisdizionale, sentenza 27 ottobre 2006, n. 589.

A tal riguardo, il C.G.A. ha rilevato che:

- configura una restrizione del mercato e della concorrenza l'obbligo per l'imprenditore di conseguire l'affidamento di un servizio, solo entrando in una società, per molti versi anomala, con l'amministrazione;
- la procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio non è sovrapponibile, quanto ai contenuti e alle finalità, a quella per l'affidamento del servizio; la prima è preordinata alla selezione del socio privato in possesso dei requisiti non solo tecnici ed organizzativi, ma anche e soprattutto finanziari, tali da assicurare l'apporto più vantaggioso nell'ingresso nella compagine sociale; la seconda è invece esclusivamente diretta alla scelta del soggetto che offra maggiori garanzie per la gestione del servizio pubblico;
- il sistema di affidamento diretto alla società mista (sia pure dopo scelta tramite procedura ad evidenza del socio privato) concretirebbe nella sostanza un affidamento in house al di fuori dei requisiti richiesti dal diritto comunitario;
- se, infatti, un'impresa privata detiene delle quote nella società aggiudicataria occorre presumere che l'autorità aggiudicatrice non possa esercitare su tale società «*un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi*»; una partecipazione minoritaria di un'impresa privata è quindi sufficiente ad escludere l'esistenza di un'operazione interna (cfr., anche per i richiami in essa contenuti, Corte di giustizia europea, sez. I, 10 novembre 2005 n. C-29/04)."

In conclusione, dunque, se si consolidasse questo filone giurisprudenziale, la costituzione di una società mista (con partner scelto attraverso una procedura di gara), non esimerebbe gli enti locali dall'affidare il servizio per il tramite di procedure ad evidenza pubblica.

10. La competenza della Regione Friuli Venezia Giulia in materia di servizi pubblici locali

La Regione Friuli, ai sensi dell'art. 5, n. 7, del suo Statuto regionale, ha potestà legislativa in materia di "*disciplina dei servizi pubblici di interesse ed assunzione di tali servizi*", con l'osservanza "*dei limiti generali indicati nell'articolo 4 ed in armonia con i principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato nelle singole materie*".⁵³

Si tratta di competenza legislativa "*concorrente*" che, alla luce del vigente quadro costituzionale, attribuisce alla competenza dello Stato la individuazione dei principi fondamentali della materia, mentre alla Regione è rimessa l'attuazione delle scelte nazionali, attraverso una legislazione di dettaglio e l'eventuale emanazione dei regolamenti attuativi, che nelle materie di legislazione concorrente non possono più essere adottati dallo Stato.

Pertanto, i principi fissati dalla giurisprudenza costituzionale in tema di potestà legislativa statale e regionale, in precedenza illustrati (Corte costituzionale 272/2004), trovano applicazione anche nei confronti della Regione Friuli.

A questo riguardo va richiamato l'art. 23 della legge regionale del Friuli Venezia Giulia del 23 giugno 2005, n. 23, recante "Organizzazione del servizio idrico integrato e individuazione degli ambiti territoriali ottimali in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (Disposizioni in materia di risorse idriche)"⁵⁴ il quale prevede come modalità "ordinaria" di gestione del servizio l'affidamento "in house" (art. 113, comma 5, lett. c), mentre, con riferimento alle modalità di gestione del servizio previste dall'art. 113, comma 5, lettere a) e b) del D.Lgs. 267 del 2000, dispone che l'affidamento sia consentito "solo qualora non sia possibile, per motivazioni puntualmente evidenziate nel provvedimento con cui l'Autorità d'ambito delibera di procedere alla gara con procedure ad evidenza pubblica previste dall'art. 113, comma 5, lettere a) e b), del D.Lgs. 267/2000, procede-

⁵³ L'art. 4 dello Statuto della Regione Friuli dispone che la Regione eserciti la potestà legislative sulle materie di propria competenza, "*In armonia con la Costituzione, con i principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica, con le norme fondamentali delle riforme economico-sociali e con gli obblighi internazionali dello Stato, nonché nel rispetto degli interessi nazionali e di quelli delle altre Regioni*".

⁵⁴ In relazione al settore dei servizi idrici integrati, nel giugno del 2005 l'Autorità ha trasmesso un parere agli organi istituzionali competenti in ordine alla legittimità degli affidamenti diretti dei servizi pubblici locali senza l'espletamento di procedure a evidenza pubblica per la selezione del soggetto gestore. Secondo il parere dell'Autorità garante, sul territorio nazionale continua a riscontrarsi un'attuazione non uniforme del dettato normativo, sia per quel che riguarda le modalità organizzative adottate da parte degli enti e soggetti competenti, sia rispetto ai criteri di selezione dei gestori dei servizi idrici, con frequente elusione del ricorso all'esperimento di gare. Per quanto riguarda gli enti locali che intendano, invece, procedere all'affidamento dei servizi pubblici secondo la modalità cosiddetta "*in house*", l'Autorità ha richiamato la necessità di motivare sempre e con chiarezza l'effettiva sussistenza di circostanze che giustificano l'opportunità del ricorso a tale strumento.

re come indicato nel comma 1".⁵⁵ Si tratta di una disposizione che dovrà essere ripensata soprattutto ove fosse approvato dal Parlamento il Disegno di legge di riforma dei servizi pubblici locali al quale verrà fatto riferimento nel paragrafo successivo.

11. La competenza regionale e la dimensione economica dei servizi

La competenza normativa della Regione deve considerare, oltre che i limiti formali derivanti dalla Costituzione e dalla legislazione nazionale di principio, anche le esigenze che discendono in concreto dalla dimensione economica dei servizi. Questi, pur essendo erogati su base locale, pongono sempre più di frequente questioni di ordine sovregionale, sia per il loro contenuto oggettivo sia per la tipologia di imprese che è impegnata nella prestazione. Le questioni si estendono alla selezione delle imprese erogatrici così come alla regolazione delle loro attività.

Le norme nazionali di principio non contengono strumenti ad hoc per consentire il coordinamento delle funzioni su base pluriregionale sicché si può al più ipotizzare il ricorso agli istituti generali di organizzazione già a disposizione, quando essi possano prestarsi a adeguamenti per implementazioni specifiche. Si pensi, ad esempio, agli accordi tra amministrazioni di cui all'art. 15 della legge 241/1990 e alle varie "forme associative" previste a livello nazionale dagli artt. 30-34 del D.Lgs. 267/2000 e declinate con varianti originali dagli artt. 20-24 della LR Friuli Venezia Giulia 1/2006.

D'altra parte, pur nell'ambito di principi fissati dal legislatore nazionale — e a prescindere che vi siano o meno indicazioni vincolanti da parte del diritto comunitario — gli spazi di discrezionalità che residuano in capo alle regioni possono indurre il proliferare di normative solo parzialmente coerenti. Tale fenomeno, a sua volta, potrebbe essere fonte di una artificiosa frammentazione del mercato nazionale, a scapito dell'efficienza delle gestioni e, in ultima analisi, dei costi di prestazione dei servizi agli utenti finali.

Ciascuna regione non può sostituirsi allo Stato nella individuazione delle soluzioni al problema né può imporre alle altre regioni più direttamente interessate la modifica o il coordinamento delle rispettive produzioni legislative. Nondimeno, la regione ha sempre la possibilità di strutturare la propria legislazione in modo da renderne più agevole il coordinamento, per così dire, spontaneo con quella dello Stato e delle altre regioni.

A questo fine, la regola di fondo dovrebbe essere quella di stretta proporzionalità, nel senso che il carico regolamentare — con tutte le complicazioni e i potenziali ostacoli alla circolazione dei servizi che porta con sé — dovrebbe essere limitato a quanto necessario a tutelare gli interessi pubblici coinvolti. Questa prima scelta agevolerebbe l'ingresso di imprese sul mercato regionale e, al contempo, potrebbe indurre un effetto di imitazione da parte di altre regioni, la qual cosa aprirebbe anche spazi in uscita dal mercato del Friuli Venezia Giulia.

La riduzione del carico regolamentare, tuttavia, non può volere dire che la Regione rinunci alle sue funzioni di programmazione dei servizi e di controllo sulla loro esecuzione. Al contrario, uno dei punti più carenti delle discipline attuali è proprio l'assenza di uffici con competenze di regolazione chiare e muniti di risorse adeguate. L'istituzione di uffici di tal genere, che ben potrebbe trovare spazio nella legislazione regionale, andrebbe accompagnata con strumenti di raccordo organizzativo e procedimentale tra gli enti locali, le altre amministrazioni regionali e gli organi dello Stato maggiormente interessati.

Tali istituti dovrebbero comprendere doveri di segnalazione, di scambio di informazione nonché di trasparenza e partecipazione. Il modello a cui ispirarsi potrebbe essere quello delle amministrazioni c.d. "a rete" che operano a livello comunitario, dove la policentricità dell'organizzazione è coniugata con le esigenze di applicazione uniforme delle norme.

Sul piano del coordinamento tra i singoli enti locali, occorre poi ammettere che gli strumenti vigenti di aggregazione non hanno dato risposte soddisfacenti. Le ipotesi di riforma che si possono formulare sono numero-

⁵⁵ Con riferimento a tale legge, il Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella sua ultima "Relazione annuale sull'attività svolta dalla Autorità", ha espresso il timore che le Regioni possano utilizzare lo strumento legislativo per rafforzare la dominanza delle imprese pubbliche locali. A tal proposito, ha sottolineato come sia "esemplare il caso della Regione Friuli Venezia Giulia che ha approvato nel giugno 2005 una legge che prevede l'affidamento dei servizi idrici integrati in house come regola e, solo ove questo non sia possibile, previa motivazione puntualmente evidenziata, tramite regolare procedura di gara".

se e vanno dall'ampliamento degli strumenti negoziali a disposizione degli enti locali (ad esempio, esternalizzazione a terzi specializzati dei servizi di committenza centralizzata e di controllo sulle imprese affidatarie che operino per più enti locali) all'introduzione di meccanismi incentivanti "forti", anche attraverso penalizzazioni finanziarie o organizzative.

12. Il riparto di competenze tra gli organi degli enti locali in materia di operazioni societarie

L'art. 42 del D.Lgs. 267 del 2000, alla lettera e) del comma 2, riserva alla competenza del Consiglio comunale l'adozione dei provvedimenti in materia di *"organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione"*.

Detta competenza deve essere intesa in modo "biunivocamente" rigido, sia nel senso che il Consiglio non possa invadere ambiti diversi da quelli ad esso assegnati con indicazione tassativa, come pure nel senso che le determinazioni sugli argomenti compresi nel catalogo normativo riservato all'attività consiliare non possano essere assunte da altri organi, stante l'espresso divieto sancito nella parte finale della disposizione.

Sulla base del nuovo criterio di riparto di competenze tra Consiglio comunale e Giunta, l'organo elettivo è chiamato ad esprimere gli indirizzi politici ed amministrativi di rilievo generale, che si traducono in atti fondamentali, tassativamente elencati nell'art. 42 D.Lgs 267/2000, mentre la giunta municipale (ai sensi degli artt. 48 e 107 del medesimo decreto) ha una competenza residuale in quanto compie tutti gli atti non riservati dalla legge al consiglio o non ricadenti nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del sindaco o di altri organi di decentramento.⁵⁶ In particolare, secondo il Consiglio di Stato sono attribuiti in via esclusiva all'organo consiliare *"tutti gli atti che concernono gli aspetti economico-finanziari dell'ente locale, tra cui i programmi; piani finanziari; bilanci e istituzione dei tributi locali; disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei beni e servizi; spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi; contrazione di mutui; acquisti e alienazioni immobiliari e relative permutazioni, appalti e concessioni"*.⁵⁷

Con riferimento al tema di specifico interesse, la giurisprudenza costante⁵⁸ ha affermato che la partecipazione a società di capitali destinate a soddisfare fini pubblici, in quanto finalizzate all'esercizio di servizi pubblici locali, corrisponde, nel sistema della legge, ad una scelta fondamentale deferita all'organo di vertice, quale è nell'organizzazione comunale il Consiglio.⁵⁹ Si tratta, invero, di funzioni rientranti nel novero dei poteri di indirizzo e controllo politico - amministrativo che la legge attribuisce all'organo consiliare, riservando invece alla

⁵⁶ Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, secondo cui, "La giunta municipale compie gli atti di amministrazione che non siano riservati dalla legge al consiglio, e che non rientrino nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del sindaco, degli organi di decentramento, del segretario o dei funzionari dirigenti. In tale contesto" prosegue il Consiglio di Stato, "il ruolo del Consiglio va ragionevolmente riferito alle sole determinazioni che comportano un'effettiva incidenza sulle scelte fondamentali dell'ente, mentre la giunta resta investita del compito di attuare gli indirizzi formulati dall'organo elettivo. Tale principio si applica coerentemente anche alla materia dei pubblici servizi. Il rilievo generale di tali attività giustifica la competenza dei consigli in ordine alla definizione delle linee generali di organizzazione, del servizio e dei criteri di scelta del concessionario, ma non comporta affatto la titolarità del potere di adottare tutti i provvedimenti attuativi degli indirizzi fissati in sede consiliare. In particolare, la concreta gestione della gara e l'approvazione della graduatoria spettano alla Giunta, quanto meno nelle ipotesi in cui il consiglio abbia già definito in modo sufficientemente puntuale, i criteri operativi del procedimento selettivo. Perciò, legittimamente il Consiglio comunale opera la scelta relativa alle modalità di gestione del servizio di tesoreria, individuando lo strumento con cui gestire il servizio e definendo contestualmente gli aspetti determinati dal contratto e le modalità della gara ufficiale (i criteri per l'affidamento del servizio e la scelta del concessionario) rimettendo alla giunta la gestione concreta della gara e la scelta del contraente".

⁵⁷ Cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2005, n. 832.

⁵⁸ TAR Lombardia Milano, sez. III, 13 aprile 2004, n. 1451 che ha dichiarato, "l'illegittimità della delibera di Giunta che detta indirizzi in materia di costituzione e partecipazione ad una società pubblica per la gestione intercomunale dei servizi di igiene urbana e dispone l'affidamento mediante convenzione del servizio di gestione della piattaforma comunale; con tali determinazioni, ad avviso del collegio, la delibera compie specifiche scelte di assetto dei servizi pubblici locali, che l'art. 42 del TUEL ha inteso invece riservare alla competenza esclusiva dell'organo consiliare" (nello stesso senso TAR Lombardia Milano, sez. III, 06 maggio 2004, n. 1622).

⁵⁹ Secondo la sentenza del TAR Lombardia, sez. III, n. 1622/2004 cit., "Il valore imperativo del principio di legalità, sancito dall'art. 97 della Costituzione, nel pretendere, in armonia con i principi di imparzialità e buona amministrazione, che la fonte del potere pubblico debba sempre e solo rinvenirsi nella legge, non può consentire che un organo pubblico, nei casi non previsti dalla normativa di rango primario, si arroghi il potere di trasferire le proprie funzioni istituzionali ad un diverso soggetto, così risolvendosi a non esercitare le competenze, e a non assumere le corrispondenti responsabilità, che l'ordinamento gli attribuisce".

competenza della Giunta le attività esecutive delle scelte strategiche compiute dal Consiglio in materia di servizi pubblici.⁶⁰

13. Il diritto di accesso agli atti delle società partecipate

L'art. 22 della legge 241 del 1990 ha disciplinato il diritto di accesso ai documenti amministrativi, *"al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale"*, e ha dato attuazione all'art. 97 della Costituzione, per il quale la legge assicura *"il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"*. Tali principi costituiscono i valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell'amministrazione.

Come rilevato dal Consiglio di Stato,⁶¹ le esigenze del buon andamento e della imparzialità *"dell'amministrazione"* (come disciplinate dall'art. 97 della Costituzione) riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato.

In particolare, secondo il Consiglio di Stato, *"l'attività amministrativa, cui gli art. 22 e 23 legge 241 del 1990, correlano il diritto di accesso, ricomprende non solo quella di diritto amministrativo, ma anche quella di diritto privato posta in essere dai soggetti gestori di pubblici servizi che, pur non costituendo direttamente gestione del servizio stesso, sia collegata a quest'ultima da un nesso di strumentalità derivante anche, sul versante soggettivo, dall'intensa conformazione pubblicistica"*.⁶²

L'attività amministrativa è, quindi, configurabile non solo quando l'amministrazione eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa - nei limiti consentiti dall'ordinamento - persegua le proprie finalità istituzionali mediante una attività sottoposta, in tutto o in parte, dalla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati (anche quando gestisca un servizio pubblico o amministri il proprio patrimonio o il proprio personale).

La ratio di tale orientamento, nondimeno, può essere ulteriormente precisata esaminando la decisione attraverso cui il Consiglio di Stato, da un lato, ha qualificato la società Enel.it come, *"un organismo di diritto pubblico, svolgente attività strettamente funzionalizzata ai bisogni di Enel s.p.a., di cui nella sostanza costituisce una divisione (informatica), solo formalmente costituita in soggetto distinto con la conseguenza che si tratta di un soggetto che "partecipa" alle stesse finalità della controllante Enel s.p.a. anche sotto il profilo dello scopo del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale"*, mentre, con riguardo alla disciplina dell'accesso, ha sostenuto che, *"la nozione di pubblica amministrazione e più in generale dei soggetti indicati dall'art. 23 della legge 241/90 deve essere intesa in senso ampio tale da ricomprendere anche gli organismi di diritto pubblico"*.⁶³

Pertanto, le regole in tema di trasparenza della P.A. e di diritto di accesso ai relativi atti, così come previsto dall'art. 23 della legge 241 del 1990, si applicano oltre che alle pubbliche amministrazioni, anche *"nei confronti dei gestori di servizi pubblici atteso che l'art. 23 della legge 241/1990, include nel novero dei soggetti passivi dell'accesso anche i "gestori" di pubblici servizi, anche se operanti in regime privatistico e quale che sia la natura giuridica assunta"* (cfr. TAR Veneto, Sez. I, 31 marzo 2005 n. 975).

⁶⁰ Recentemente, il TAR Puglia – Lecce – Sezione II, è intervenuto sull'argomento con la sentenza 8 novembre 2006, n. 5197, affermando che, *"la deliberazione con cui la Giunta Comunale ha disposto l'affidamento [...] della gestione dei servizi cimiteriali nella necropoli del Comune di Lecce [...] costituisce mero atto esecutivo rispetto alla deliberazione del Consiglio[...] con la quale l'organo consiliare, approvando la costituzione della società e il relativo Statuto, aveva stabilito di affidare [...] qualsiasi servizio pubblico locale e/o di pubblica utilità non riservato per legge al Comune e la cui gestione possa concorrere al perseguimento dello scopo sociale. Pertanto, la Giunta non ha fatto altro che tradurre in pratica gli indirizzi strategici dettati dall'organo consiliare competente, dal che discende l'infondatezza della censura."*

⁶¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 5 settembre 2005, n. 5 e, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 22 aprile 1999, n. 5.

⁶² Consiglio Stato, sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7624. In tal senso, si veda anche la pronuncia del Consiglio Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, che ha incluso le Poste Italiane S.p.A., *"nel novero dei soggetti passivi dell'accesso, ai sensi dell'art. 23 della legge 241/90, i "gestori" di pubblici servizi, ossia persone giuridiche, spesso aventi natura privata e, comunque, normalmente operanti, quale che sia la natura giuridica assunta, in regime privatistico"*, sostenendo che, *"l'attività amministrativa, cui gli artt. 22 e 23 della legge 241/90 correlano il diritto di accesso, ricomprende non solo quella di diritto amministrativo, ma anche quella di diritto privato, che costituisce cura concreta di interessi della collettività, non meno della prima"*.

⁶³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 aprile 2002, n. 4711.

L'obbligo pubblicistico di esibizione dell'atto, quindi, è compatibile con l'acquisizione della veste privatistica di società per azione conseguita dalla nuova istituzione, *"nel caso in cui detta società, per gli interessi pubblici perseguiti, risulti sottoposta iure proprio al regime pubblicistico dell'accesso"*.⁶⁴

Il discorso va affrontato in una prospettiva diversa per il diritto all'informazione e all'accesso che l'ordinamento riconosce ai consiglieri comunali e provinciali (art. 43 del D.Lgs. 267/2000). Tale diritto prevede, in particolare, che i consiglieri possano ottenere dagli uffici, *"nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del loro mandato"*.

La giurisprudenza ha precisato i tratti di distinzione di questa situazione giuridica rispetto al diritto di accesso previsto dalla legge 241/1990.

I consiglieri non devono esplicitare un interesse particolare alla conoscenza delle informazioni e dei documenti, che la legge presume *juris et de jure* in virtù del mandato politico conferito dagli elettori.⁶⁵ Il diritto si estende non soltanto agli atti e i documenti già formati — come è nella legge 241 — ma anche alle "notizie e informazioni" che comunque siano in possesso degli uffici comunali e provinciali nonché delle aziende e degli enti dipendenti.⁶⁶ Gli uffici non possono, in linea di principio, opporre esigenze di riservatezza e di segretezza, essendo peraltro i consiglieri tenuti a garantire il segreto sulle informazioni ricevute (laddove previsto dall'ordinamento).⁶⁷

Proprio la notevole ampiezza della posizione giuridica riconosciuta, tuttavia, richiede che il consigliere non abusi delle sue prerogative. Le richieste di informazioni non debbono avere scopi palesemente emulativi e non debbono aggravare in modo ingiustificato le attività degli uffici.⁶⁸ In tempi recenti, inoltre, una pronuncia del giudice amministrativo di appello è sembrata ammettere un sia pure limitato spazio di sindacato degli uffici tra la coerenza della richiesta e le funzioni di indirizzo e controllo politico del consiglio comunale. In questo senso, il Consiglio di Stato ha indicato che il diritto di informazione ex art. 43 del D.Lgs. 267/2000 non deve tradursi in un "controllo specifico" il cui esercizio non spetta all'organo politico amministrativo dell'ente locale.⁶⁹

Al di là della capacità di affermazione di simili orientamenti restrittivi, i limiti anzidetti elaborati dalla giurisprudenza possono impedire l'esercizio del diritto all'informazione dei consiglieri in circostanze specifiche, che vanno accertate caso per caso. Più rilevante, ai fini del Vostro quesito, appare invece verificare se sul piano soggettivo, e in termini generali, le società partecipate dagli enti locali siano o meno tenute a corrispondere alle richieste di informazioni ex art. 43 del D.Lgs. 267/2000.

Il problema può sorgere perché il diritto dei consiglieri può essere esercitato non solo nei confronti degli uffici comunali e provinciali ma anche nei confronti delle "aziende e degli enti dipendenti". Occorre verificare se in tale ultima locuzione si possano fare ricadere anche le società commerciali partecipate dall'ente locale.

La risposta a tale quesito non può seguire il medesimo ragionamento visto per il diritto di accesso ex art. 241/1990. In questo secondo caso, le norme operano in funzione della trasparenza e dell'imparzialità della attività amministrativa, ragione per cui la giurisprudenza non ha avuto difficoltà a estenderne l'applicazione a tutti quei soggetti che, ancorché in forme privatistiche, siano sottoposti al controllo dell'amministrazione e perseguano compiti pubblici. L'art. 23 della legge 241/1990, inoltre, comprende nell'ambito soggettivo di applicazione del diritto di accesso anche il gestore di servizi pubblici, a prescindere dall'esistenza del controllo da parte dell'amministrazione. Per tali attività, dunque, l'applicazione del diritto di accesso non comporta dubbi interpretativi particolari (v. supra).

Il caso dell'accesso dei consiglieri comunali e provinciali presenta delle differenze. Il diritto di informazione di specie è una manifestazione della funzione di indirizzo e controllo politico dell'organo consiliare, del quale

⁶⁴ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 5/2005 cit.

⁶⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471.

⁶⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4855.

⁶⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879.

⁶⁸ Consiglio di Stato, sez. V, n. 4471/2005, cit.

⁶⁹ Consiglio di Stato, sez. V, 28 novembre 2006, n. 6960.

riflette la "latitudine oggettiva".⁷⁰ Sul piano soggettivo, nondimeno, il diritto ex art. 43 del D.Lgs. 267/2000 sembrerebbe richiedere che il soggetto destinatario sia incardinato nell'organizzazione amministrativa dell'ente locale, pur intesa latamente. A questo fine, non può ritenersi sufficiente la mera partecipazione dell'ente locale al capitale della società. Occorre che detta partecipazione abbia forme e intensità tali da generare un rapporto di "dipendenza" tra la società e l'ente locale, alla pari di quanto accadrebbe con un'azienda speciale, figura espressamente evocata dalla norma. In tal caso, è coerente con la ratio del diritto di informazione ex art. 43 del D.Lgs. 267/2000 che esso si estenda anche all'attività della società partecipata.

È possibile immaginare una serie di indici sintomatici di un rapporto di del genere, attraverso i quali si potrebbero determinare delle soglie di intensità del legame oltre le quali divenga applicabile il diritto di informazione dei consiglieri.

Nella materia di cui ci occupiamo, nondimeno, l'analisi può essere svolta in forme più semplici. Si è detto che la premessa degli affidamenti diretti dei servizi locali a società a partecipazione dell'ente locale, nonché della loro validità nel tempo, è che l'ente locale eserciti sulla società un "controllo analogo" a quello di cui disponga sui propri uffici e servizi. In questa prospettiva, e rammentando le condizioni affinché il controllo possa essere definito "analogo", si può assumere che, laddove sia legittimo l'affidamento diretto, la società affidataria vada considerata alla stregua di un ente "dipendente" dall'ente locale.

I consiglieri dell'ente locale, in questo modo, disporranno di poteri di informazione che, per certi versi, eccedono anche quelli riconosciuti dal diritto comune agli amministratori e agli azionisti (vedi, tra i vari, gli artt. 2381 e 2403-bis c.c.). Ma ciò accadrebbe non senza una ragione. I consiglieri non agirebbero per la tutela dell'ente locale in quanto azionista, bensì per adempiere a una funzione di controllo di respiro assai più ampio, su ogni genere di attività che l'ente locale svolga attraverso propri uffici, comunque organizzati (tale sarebbe la società soggetta a "controllo analogo"). In relazione a tale funzione, la scelta di un modello organizzativo in luogo di un altro non può, in linea di principio, limitare i poteri di informazione previsti dall'art. 43 del D.Lgs. 267/2000.

14. Prospettive di riforma

Con il DL 4 luglio 2006, n. 223 (cosiddetto d.l. "Bersani-Visco"), convertito con modifiche nella legge del 4 agosto 2006, n. 248, il legislatore nazionale è di recente intervenuto dettando norme che riguardano da vicino il sistema degli affidamenti "in house" imponendo una serie di restrizioni alle attività poste in essere dalle società affidatarie in via diretta e in particolare prevedendo che esse non possano svolgere prestazioni a favore di soggetti diversi dall'ente affidante.⁷¹

L'art. 13 del DL 223/06, per espressa esclusione legislativa, non disciplina peraltro la materia dei servizi pubblici locali.

In materia di servizi pubblici locali, e in particolare di quelli a rilevanza economica, è intervenuto invece il Disegno di legge S-722 del 2006, recante delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali ora all'esame della I Commissione permanente (Affari Costituzionali).

⁷⁰ Così Consiglio di Stato, sez. V, n. 4471/2005, cit.

⁷¹ L'art. 13 della legge 248/2006, rubricato "Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza", al comma 1 prevede che "Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti". Allo stesso modo, l'art. 2, del d.d.l. di delega 722/2006, rubricato "Delega per la riforma dei servizi pubblici locali", al comma 1, lett. e), esclude espressamente "la possibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza, per i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nonché per le imprese partecipate da enti locali, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto, fatta eccezione per il ristoro degli oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla gestione di servizi affidati secondo procedure ad evidenza pubblica, ove evidenziati da sistemi certificati di separazione contabile e gestionale". Alcune Regioni sembrano intenzionate a impugnare dinanzi alla Corte Costituzionale la disposizione in questione (per questa notizia cfr. Corriere della Sera del 21 settembre 2006).

La base della nuova disciplina proposta, esplicitata nei principi e criteri direttivi della delega, è costituita dal generale ricorso a procedure competitive a evidenza pubblica per la scelta del gestore, l'affidamento delle nuove gestioni e il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ad eccezione del servizio idrico. A tal proposito, l'art. 2, comma 1, lett. a) del Disegno di legge, fatta salva la proprietà pubblica delle reti e degli altri beni pubblici strumentali all'esercizio, nonché la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici, prevede, *"procedure competitive ad evidenza pubblica"* per la scelta del gestore che devono rispettare la *"disciplina dell'Unione europea in materia di appalti pubblici e di servizi pubblici"*.

Peraltro, il Disegno di legge prevede due eccezioni al principio della procedura di gara: (i) la possibilità di *"affidamento a società a capitale interamente pubblico"* e (ii) *"l'affidamento diretto a società a partecipazione mista pubblica e privata"* [art. 2, comma 1, lett. b) e c)]. Quanto all'affidamento sub (i),⁷² è previsto che *"abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento "in house", mentre, con riferimento alla modalità di affidamento indicata sub (ii), il disegno di legge lo consente in via eccezionale "ove ciò reso necessario da particolari situazioni di mercato, secondo modalità di selezione e di partecipazione dei soci pubblici e privati direttamente connesse alla gestione ed allo sviluppo degli specifici servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento, ferma restando la scelta dei soci privati mediante procedure competitive e la previsione di norme e clausole volte ad assicurare un efficace controllo pubblico della gestione del servizio e ad evitare possibili conflitti di interesse"*.⁷³

A testimonianza della eccezionalità delle ipotesi di affidamento appena richiamate, l'articolo 2, lett. d), prevede che l'ente locale debba adeguatamente motivare le ragioni che, *"alla stregua di una valutazione ponderata, impongono di ricorrere alle modalità di affidamento di cui alle lettere b) e c), anziché alla modalità di cui alla lettera a), e che debba adottare e pubblicare secondo modalità idonee il programma volto al superamento, entro un arco temporale definito, della situazione che osta al ricorso a procedure ad evidenza pubblica, comunicando periodicamente i risultati raggiunti a tale fine"*. In particolare, la disposizione prevede che la gestione diretta sia adottata solo dopo aver effettuato una *"previa analisi di mercato, soggetta a verifica da parte delle Autorità nazionali di regolazione dei servizi di pubblica utilità competenti per settore, ovvero, ove non costituite, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ove si dimostri l'inadeguatezza dell'offerta privata"*.

L'art. 2, comma 1, lett. i), prevede, inoltre, che *"gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo"*.

I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nonché le imprese partecipate da enti locali, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, non potranno acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza *"qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto, fatta eccezione per il ristoro degli oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla gestione di servizi affidati secondo procedure ad evidenza pubblica, ove evidenziati da sistemi certificati di separazione contabile e gestionale"* [art. 2, comma 1, lett. e)].

Il Disegno di legge, affida al Governo il compito di armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, *"individuando in modo univoco le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica ed apportando le necessarie modifiche alla vigente normativa di settore in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua, fermo restando quanto previsto dalla lettera a)"* [art. 2, comma 1, lett. g)].

Infine, l'art. 2, comma 1, lett. m), impone di limitare *"i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale affidato ai sensi delle lettere precedenti"* secondo i criteri di *"proporzionalità"*, *"sussidiarietà orizzontale"* e di *"razionalità economica"*.

⁷² Con riferimento a tale modalità di affidamento, l'articolo 2, lett. e), del Disegno di legge S 772/2006 prevede che *"le società di capitali cui sia attribuita la gestione ai sensi della lett. b) non possono svolgere, né in via diretta, né partecipando a gare, servizi o attività per altri enti pubblici o privati"*.

⁷³ Queste società miste nono possono peraltro svolgere né in via diretta né partecipando a gare servizi o attività per enti pubblici o privati diversi dall'ente affidante.

L'art. 3 del Disegno di legge propone anche una delega legislativa volta a rafforzare la tutela degli utenti dei servizi pubblici locali attraverso le cosiddette carte dei servizi, la previsione di procedure di reclamo e rafforzamento dei poteri di vigilanza delle Autorità di regolazione.

In definitiva, a oltre quindici anni dalla legge di riforma delle autonomie locali 142/90, l'assetto dei servizi pubblici locali non appare ancora consolidato. Infatti, da un lato, rimangono aperti molti nodi in relazione alla concreta applicazione delle disposizioni vigenti, specie in tema di affidamenti in house, dall'altro, la materia de qua, come ricordato, è oggetto di un Disegno di legge il cui iter parlamentare è appena all'inizio e del quale è assai difficile pronosticare l'esito.

Da ultimo, anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è intervenuta con una Segnalazione che contiene osservazioni sul Disegno di legge approvato dal Governo.⁷⁴

15. Conclusioni

A conclusione di questo studio, conviene riepilogare i seguenti punti:

- (i) secondo la Corte costituzionale, in materia di servizi pubblici locali, lo Stato può adottare una disciplina generale vincolante per le Regioni il cui titolo di legittimazione è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), della Costituzione.
- (ii) in materia di servizi pubblici locali la Regione Friuli Venezia Giulia è titolare di una competenza legislativa "concorrente" rispetto a quella dello Stato. Pertanto, in relazione a quanto specificato sub (i), da un lato, lo Stato è legittimato a porre disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica", dall'altro, solo le predette disposizioni non possono essere derogate dalle norme regionali.
- (iii) quanto alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, la giurisprudenza, sia in ambito comunitario che nazionale, ha ristretto negli ultimi anni la possibilità di utilizzare il modulo dell' "in house providing".
- (iv) in base al principio di autonomia organizzativa, la scelta in concreto del modulo organizzativo del servizio spetta all'ente territoriale titolare del servizio che, nel rispetto dei principi generali fissati con norme di principio di fonte statale, potrà con normativa di dettaglio disporre l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica, mediante procedura ad evidenza pubblica.
- (v) la possibile apertura del capitale di una società pubblica a soggetti privati non esclude, in via astratta, che il socio pubblico eserciti quei poteri che sono ritenuti necessari ai fini della sussistenza del requisito del "controllo analogo" su quello esercitato su un proprio servizio. Tuttavia, alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale più recente, la presenza del socio privato, anche se solo potenziale, è sufficiente a escludere che il soggetto pubblico abbia un "controllo analogo" a quello di cui dispone nei confronti dei propri servizi, poiché non consente che la società sia interamente funzionalizzata all'interesse del soggetto pubblico controllante.
- (vi) quanto alla problematica relativa alla eventuale compatibilità della struttura societaria ad "holding" con i requisiti richiesti per l'"in house providing", la Corte di Giustizia Europea non esclude del tutto che il controllo analogo possa essere raggiunto anche rispetto a una società partecipata indirettamente. Occorre notare, tuttavia, che lo standard fissato dalla Corte è particolarmente rigoroso già nei confronti delle so-

⁷⁴ Cfr. Segnalazione AS375 del 28 dicembre 2006 (pubblicata nel Bollettino Settimanale anno XVI - n. 50 del 2 gennaio 2007), affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi, attraverso la quale, l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato ha chiesto di rivedere la normativa dei servizi pubblici locali per realizzare un'effettiva apertura del mercato, a tutela dei cittadini-consumatori. L'Autorità ha affermato la necessità di porre fine all'interpretazione "distorsiva" della disciplina attuale e ha chiesto alle autonomie locali di interpretare la normativa esistente con maggior rigore, in conformità ai principi di concorrenza stabiliti dall'ordinamento comunitario e nazionale. Secondo l'Autorità, il disegno di legge delega in materia di servizi pubblici, approvato dal Consiglio dei Ministri nel giugno scorso, pur andando nella giusta direzione, andrebbe integrato con più precise indicazioni sulle situazioni eccezionali che giustificano l'affidamento in house. L'Antitrust auspica inoltre il superamento delle situazioni di conflitto d'interessi che oggi rappresentano la regola attraverso l'istituzione di organismi indipendenti e altamente specializzati in grado di controllare le modalità di affidamento dei servizi e soprattutto le tariffe e la qualità dei servizi resi.

cietà partecipate direttamente, sicché un suo ulteriore aggravamento potrebbe avere implicazioni di diritto societario non agevolmente risolvibili.

- (vii) l'art. 42, comma 2, lett. e) del D.lgs 267/2000 ha riservato alla competenza esclusiva dell'organo consiliare ogni determinazione circa la partecipazione comunale in società di capitali. Si tratta, infatti, di funzioni rientranti nel novero dei poteri di indirizzo e controllo politico - amministrativo che la legge attribuisce all'organo consiliare, riservando invece alla competenza della Giunta le attività esecutive delle scelte strategiche compiute dal Consiglio in materia di servizi pubblici.
- (viii) le regole in tema di trasparenza della P.A. e di diritto di accesso ai relativi atti, così come previsto dall'art. 23 della legge 241 del 1990, si applicano oltre che alle pubbliche amministrazioni, anche ai gestori di pubblici servizi chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico (concessionari di pubblici servizi, società ad azionariato pubblico, etc.); al contempo, alle società affidatarie dirette del servizio pubblico locale, in quanto soggette a "controllo analogo" dell'ente di riferimento, si applica il diritto di informazione di cui all'art. 43 del D.Lgs. 267/2000.
- (ix) le tendenze normative in atto, in conformità all'orientamento giurisprudenziale comunitario e nazionale più recente, stabiliscono il carattere ordinario dell'affidamento del servizio tramite procedure ad evidenza pubblica e l'eccezionalità dell'affidamento diretto.

*Disegno di legge n. 772***PARTE 2^ — DOCUMENTAZIONE****Capitolo 1****DISEGNO DI LEGGE N. 772 — Senato della Repubblica****Delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali**

presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri
(PRODI)
dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali
(LANZILLOTTA)
e dal Ministro dello sviluppo economico
(BERSANI)
di concerto col Ministro dell'interno
(AMATO)
col Ministro delle infrastrutture
(DI PIETRO)
e col Ministro per le politiche europee
(BONINO)
COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 7 LUGLIO 2006



Onorevoli Senatori. – Alla fine degli anni Novanta era stato finalmente avviato un processo di riforma dei servizi pubblici locali, volto ad accrescere l'efficacia dei servizi nel soddisfare i bisogni dei cittadini e ad aumentarne l'efficienza, così da ridurre i costi per le comunità locali. I passaggi fondamentali, che si inserivano in un più generale processo di riforma della regolazione nei settori dei servizi di pubblica utilità, erano costituiti dalle riforme del trasporto pubblico locale, del settore elettrico e del gas naturale, nonché dall'introduzione di incentivi per le trasformazioni delle aziende speciali in Spa, puntando a sviluppare la distinzione di ruoli tra ente locale, che programma e regola il servizio, e azienda, che lo deve gestire su base imprenditoriale, aprendo a forme di concorrenza «nel» mercato e «per» il mercato (affidamento a gara).

Il processo così avviato deve ora essere sviluppato con una legge di delega sui servizi pubblici locali che, in attuazione del nuovo dettato costituzionale che attribuisce allo Stato il compito di promuovere la concorrenza, estenda a tutti i settori dei servizi pubblici locali l'approccio riformatore e costruisca una cornice d'insieme coerente per le sperimentazioni da parte degli enti locali di nuove forme di gestione dei servizi più vicine ai cittadini e per le iniziative imprenditoriali delle migliori aziende di servizio.

L'esigenza di un nuovo approccio riformatore è accentuata dall'involuzione del processo di riforma registrata negli ultimi anni. Nella scorsa legislatura, infatti, la maggioranza di centrodestra, mediante il nuovo articolo 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ha operato un vero e proprio ritorno al passato, lasciando solamente come opzionale l'affidamento a gara del servizio. La predetta disposizione consente sia l'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato nella quale il socio privato viene scelto attraverso gara, sia l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico controllata dall'ente locale proprietario, secondo il modello di gestione cosiddetto in

house. Il risultato è la cristallizzazione della situazione esistente e la sostanziale garanzia delle posizioni di monopolio: ai gestori pubblici si offre la possibilità di mantenere l'affidamento diretto protetto, al prezzo di rinunciare a crescere come realtà imprenditoriali che si misurano a tutto campo; alle imprese private si offre la possibilità di entrare in una società mista cui si è assicurata una posizione di monopolio tramite affidamento diretto, in cambio della rinuncia a veder aprire i mercati. Resta inoltre un quadro complessivo incoerente, rispetto alla precedente disciplina. Infine, le scadenze originariamente previste dal periodo transitorio per i diversi servizi pubblici locali sono state, recentemente, più volte prorogate, talvolta in modo confuso, con un generale slittamento in avanti nel tempo di ogni prospettiva di confronto concorrenziale.

Le conseguenze di questa situazione sono gravi per i cittadini, per gli enti locali, per le imprese e, complessivamente, per il sistema economico italiano. I cittadini vedono svanire la speranza di godere di servizi di migliore qualità e con costi più bassi che consentano di ridurre le tariffe e/o i contributi alle aziende (e quindi l'assorbimento di risorse dai bilanci comunali). Gli enti locali non possono usufruire dei vantaggi di un mercato aperto nella scelta del gestore cui affidare il servizio. Le imprese restano chiuse nei loro confini municipalistici senza possibilità di crescita industriale. Il sistema economico italiano subisce le conseguenze delle irrisolte carenze infrastrutturali, nonché della scarsa qualità e dei prezzi più alti di servizi che costituiscono importanti input produttivi per le imprese esposte alla concorrenza internazionale.

Nel mondo delle aziende locali vi sono, viceversa, energie imprenditoriali e lavorative, nonché capacità innovative che devono essere liberate, affinché possano realizzare un salto di qualità nella fornitura di servizi ai cittadini e nel sostegno alla competitività del sistema economico italiano. Al tempo stesso il sistema delle autonomie locali deve poter disporre di strumenti di programmazione e regolazione forti che consentano un governo effettivo del territorio, indirizzando la rete dei servizi a soddisfare le esigenze di crescita economica e civile delle comunità amministrative.

Si tratta di andare oltre gli assetti definiti nella XIV legislatura, per superare le strozzature e le incoerenze dovute all'inerzia ed ai recenti orientamenti controriformatori e per fornire un quadro di certezza normativa che consenta agli organi di governo locale di curare lo sviluppo del proprio territorio e valorizzi le capacità delle imprese pubbliche e private che operano nel campo dei servizi locali. La linea deve essere quella di una regolazione forte dei mercati da parte delle autorità pubbliche, che dia spazio al confronto concorrenziale e crei occasioni di sviluppo per le imprese che vogliono crescere e innovare.

La premessa di un rilancio e di uno sviluppo del processo riformatore sta nella inequivocabile affermazione che la proprietà delle reti e degli impianti di servizio pubblico locale deve essere mantenuta in capo agli enti locali. È questo un presupposto essenziale per due motivi principali: prima di tutto, perché la proprietà di reti e impianti garantisce all'ente locale la possibilità di programmare lo sviluppo delle reti stesse e quindi di governare il territorio di riferimento; in secondo luogo, in quanto la proprietà pubblica è essenziale affinché la concorrenza «per» il mercato possa svilupparsi correttamente – cioè senza artificiali «barriere all'entrata» – tra imprese che si candidano a gestire la rete e a realizzare programmi di investimento coerenti con gli indirizzi stabiliti dall'ente locale. Al termine del periodo di affidamento, rete e impianti tornano nella disponibilità dell'ente locale che può così procedere al nuovo affidamento.

Venendo ora alle forme della regolazione, occorre prendere spunto dalla distinzione, contenuta nel Libro verde sui servizi di interesse generale, del 27 maggio 2003, fra i «servizi di rilevanza economica» e quelli «privi di rilevanza economica». L'attribuzione all'una e all'altra area di una attività mostra un carattere dinamico ed è connessa all'evoluzione culturale, economica e tecnologica. I servizi di interesse economico generale esercitati in ambito locale o che costituiscono segmenti di dimensione locale di attività organizzata a livello nazionale (come nel caso della gestione delle reti di distribuzione locale nel settore dell'energia e del trasporto pubblico) hanno sempre più assunto rilevanza economica, rendendo ineludibile l'esigenza di ricorrere al principio di concorrenza, ai fini dello sviluppo dei servizi mediante il confronto competitivo fra gli operatori.

In questo contesto legislativo, complesso e privo di organicità, il disegno di legge in esame vuole promuovere, mediante la delega al Governo, il complessivo riordino della disciplina dei servizi pubblici locali, anche, ove occorra, mediante interventi sul t.u. enti locali.

Si chiarisce inoltre che i servizi pubblici locali sono una parte essenziale delle funzioni fondamentali dei comuni, e che essi sono connotati dal principio di atipicità e devono rispondere a criteri di proporzionalità, adeguatezza e commisurazione dei costi alle funzioni, secondo le note indicazioni dei documenti comunitari in materia di appalti e concessioni e di partenariato pubblico privato.

L'architettura della nuova disciplina è costituita dal generale ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica di scelta del gestore, per l'affidamento delle nuove gestioni e per il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ad eccezione del servizio idrico, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea in materia di appalti pubblici e di pubblici servizi.

Il ricorso a forme diverse di affidamento dei servizi pubblici locali resta, quindi, consentito solo eccezionalmente, laddove il ricorso a tali soluzioni sia motivatamente imposto da particolari situazioni di mercato. In tali casi, peraltro, l'ente locale dovrà anche adottare e pubblicare secondo modalità idonee il programma volto al superamento, entro un arco temporale definito, della medesima situazione di mercato. Su tali scelte si prevedono controlli delle autorità poste a tutela della concorrenza.

In particolare, l'eccezionale possibilità di affidamento diretto in house viene limitata alle sole società pubbliche partecipate dall'ente locale in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento comunitario.

Anche l'eccezionale possibilità di affidamento a «società miste», partecipate dall'ente locale, viene circondata da garanzie, circa la stretta inerenza delle modalità di selezione e di partecipazione dei soci pubblici e privati agli specifici servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento, ferma restando la scelta dei soci privati mediante procedure competitive. Dovranno, inoltre, essere previste norme e clausole volte ad assicurare un efficace controllo pubblico della gestione del servizio e ad evitare possibili situazioni di conflitto di interessi.

La possibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quelli di appartenenza viene esclusa per i soggetti già affidatari in via diretta di servizi pubblici locali, nonché per le imprese partecipate da enti locali, che usufruiscano di finanziamenti pubblici diretti o indiretti, salvo che si tratti del ristoro degli oneri di servizio relativi ad affidamenti effettuati mediante gara, sempreché l'impresa disponga di un sistema certificato di separazione contabile e gestionale.

Il riordino dei servizi dovrà altresì puntare a favorire la massima razionalizzazione ed economicità, anche mediante la gestione integrata di servizi diversi e l'estensione territoriale della gestione del medesimo servizio.

Il presente intervento normativo ha l'ambizione di introdurre una disciplina unitaria per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali, che dovrà quindi essere armonizzata con le discipline di settore previste per ciascun servizio pubblico locale, anche mediante l'univoca indicazione delle norme applicabili in via generale a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica e delle norme di settore, ferme restando la proprietà pubblica delle reti e degli altri beni pubblici e strumentali, nonché la gestione pubblica del servizio idrico.

Molta cura dovrà essere dedicata alla disciplina transitoria mediante il progressivo allineamento delle diverse gestioni in essere alla nuova normativa. In particolare si prevede che le gestioni dirette ormai in essere proseguano fino alla naturale scadenza, senza poter essere però prorogate o rinnovate. Naturalmente, il soggetto affidatario diretto potrà concorrere, così come ogni altro operatore, alla gara volta ad affidare il medesimo servizio mediante sistema di scelta competitiva. Tale possibilità scadrà, peraltro, al termine di un congruo periodo transitorio, che viene fissato al 31 dicembre 2011. Sarà quindi cura dell'affidatario diretto sollecitare il comune ad indire la procedura concorsuale entro il predetto termine.

Infine, si prevede di limitare i casi di gestione del servizio pubblico locale in regime di esclusiva, alla stregua di un criterio di proporzionalità e sussidiarietà orizzontale, dovendo l'ente locale motivare la razionalità economica del denegato accesso al mercato. Ciò dovrà comportare la liberalizzazione delle attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con lo svolgimento del servizio pubblico locale, che a propria volta dovrà continuare ad essere connotato dalle garanzie di universalità ed accessibilità.

Il disegno di legge delega, altresì, il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di tutela degli utenti dei servizi pubblici locali.

Si prevede, al riguardo, che ogni gestore debba adottare una carta dei servizi concordata con le associazioni dei consumatori e delle imprese interessate all'utenza del servizio, che indichi anche le modalità d'accesso alle informazioni garantite, le modalità per porre reclamo, le modalità per adire le vie conciliative e giudiziarie, nonché i livelli minimi garantiti per ciascun servizio e le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza.

Il permanere dell'affidamento del servizio sarà quindi condizionato all'adozione ed al rispetto della carta, nonché al positivo riscontro degli utenti, che dovrà risultare dall'esame dei reclami e dall'effettuazione di sondaggi di mercato, connotati da garanzie di obbiettività, sotto la vigilanza dell'ente locale e delle autorità nazionali di regolazione.

Relazione tecnica

Dal presente disegno di legge non derivano nuovi oneri o minori entrate a carico della finanza pubblica, essendo previste misure che non comportano nuove o maggiori attività amministrative, nè richiedono l'istituzione di nuovi organi o competenze, e non essendo previsti nè incentivi di alcun tipo, nè misure fiscali.

In particolare, i compiti di gestione delle procedure di affidamento dei servizi locali e di vigilanza sul rispetto delle norme di tutela degli utenti, già rientrano nelle ordinarie competenze degli uffici pubblici competenti, che vi faranno, quindi, fronte con le ordinarie dotazioni organiche, strumentali e finanziarie.

Gli ulteriori previsti compiti di verifica del grado di soddisfacimento degli utenti sono espressamente posti dalla norma a carico del gestore che vi dovrà quindi far fronte nell'ambito della propria organizzazione imprenditoriale e delle proprie strategie d'impresa, senza poter pertanto «ricaricare» le spese sul contratto di servizio stipulato con l'ente locale.

Al contrario, il previsto ricorso a procedure competitive di scelta della migliore offerta, unitamente alla prevista apertura alla libera concorrenza di fasce di mercato, potrà ragionevolmente determinare non solo una maggiore soddisfazione dei cittadini utenti, ma anche una più razionale gestione del servizio, alleviando i relativi oneri pubblici, nonché un aumento del fatturato del settore, con maggiori introiti anche per le finanze pubbliche.

Disegno di legge

Art. 1.

(Finalità e ambito di applicazione)

1. La presente legge provvede al riordino della normativa nazionale che disciplina l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali, al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale di rilevanza economica in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) ed m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione.
2. Costituisce funzione fondamentale di comuni, province e città metropolitane individuare, per quanto non già stabilito dalla legge, le attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alla popolazione locale, in condizioni di generale accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, ferma la competenza della regione quando si tratti di attività da svolgere unitariamente a dimensione regionale.
3. Le finalità pubbliche proprie delle attività di cui ai commi 1 e 2 sono perseguite, ove possibile, attraverso misure di regolazione, nel rispetto dei principi di concorrenza e di sussidiarietà orizzontale. Gli interventi pubblici regolativi pongono all'autonomia imprenditoriale e alla libertà di concorrenza delle imprese i soli limiti necessari al perseguimento degli interessi generali, nel rispetto del principio di proporzionalità.
4. Qualora siano imposti alle imprese obblighi di servizio pubblico che impediscano la copertura integrale dei costi e l'utile d'impresa, devono essere previste le necessarie misure compensative.

Art. 2.

(Delega per la riforma dei servizi pubblici locali)

1. Per le finalità di cui all'articolo 1, il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di servizi pubblici locali, anche, ove occorra, modificando l'articolo 113 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:
 - a) prevedere che l'affidamento delle nuove gestioni ed il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba avvenire mediante procedure competitive ad evidenza pubblica di scelta del gestore, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea in materia di appalti pubblici e di servizi pubblici, fatta salva la proprietà pubblica delle reti e degli altri beni pubblici strumentali all'esercizio, nonché la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici;
 - b) consentire eccezionalmente l'affidamento a società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento in house;
 - c) consentire eccezionalmente l'affidamento diretto a società a partecipazione mista pubblica e privata, ove ciò reso necessario da particolari situazioni di mercato, secondo modalità di selezione e di partecipazione dei soci pubblici e privati direttamente connesse alla gestione ed allo sviluppo degli specifici servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento, ferma restando la scelta dei soci privati mediante procedure competitive e la previsione di norme e clausole volte ad assicurare un efficace controllo pubblico della gestione del servizio e ad evitare possibili conflitti di interesse;
 - d) prevedere che l'ente locale debba adeguatamente motivare le ragioni che, alla stregua di una valutazione ponderata, impongono di ricorrere alle modalità di affidamento di cui alle lettere b) e c), anziché alla modalità di cui alla lettera a), e che debba adottare e pubblicare secondo modalità idonee il programma volto al superamento, entro un periodo di tempo definito, della situazione che osta al ricorso a procedure ad evidenza pubblica, comunicando periodicamente i risultati raggiunti a tale fine. In particolare, prescrivere che per giungere alla constatazione della necessità di gestione diretta sia adottata una previa analisi di mercato, soggetta a verifica da parte delle Autorità nazionali di regolazione dei servizi di pubblica utilità competenti per settore, ovvero, ove non costituite, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ove si dimostri l'inadeguatezza dell'offerta privata. Le società di capitali cui sia attribuita la gestione ai sensi della lettera b) non possono svolgere, nè in via diretta, nè partecipando a gare, servizi o attività per altri enti pubblici o privati;
 - e) escludere la possibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza, per i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nonché per le imprese partecipate da enti locali, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto, fatta eccezione per il ristoro degli oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla gestione di servizi affidati secondo procedure ad evidenza pubblica, ove evidenziati da sistemi certificati di separazione contabile e gestionale;
 - f) individuare le modalità atte a favorire la massima razionalizzazione ed economicità dei servizi pubblici locali, purché in conformità alla disciplina adottata ai sensi del presente articolo, anche mediante la gestione integrata di servizi diversi e l'estensione territoriale della gestione del medesimo servizio;
 - g) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando in modo univoco le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica ed apportando le necessarie modifiche alla vigente normativa di settore in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua, fermo restando quanto previsto dalla lettera a);
 - h) disciplinare la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alla normativa adottata ai sensi delle lettere precedenti, prevedendo, se necessario, tempi e modi diversi per la progressiva applicazione della normativa così risultante a ciascun settore;
 - i) prevedere che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;

- l) consentire ai soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali di concorrere, fino al 31 dicembre 2011, all'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già affidato;
 - m) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e di razionalità economica del denegato ricorso al mercato i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale affidato ai sensi delle lettere precedenti.
2. Entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui al comma 1, il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive nel rispetto degli stessi principi e criteri direttivi.

Art. 3.

(Delega per l'adozione di misure finalizzate alla tutela degli utenti dei servizi pubblici locali)

1. Per le finalità di cui all'articolo 1, il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di tutela degli utenti dei servizi pubblici locali, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:
- a) prevedere che ogni soggetto gestore di servizio pubblico locale debba tempestivamente pubblicizzare mediante mezzi idonei, a pena di revoca dell'affidamento, una carta dei servizi resi all'utenza, adottata in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate, che indichi anche le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per porre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie, nonché i livelli minimi garantiti per ciascun servizio e le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza;
 - b) prevedere che il permanere dell'affidamento sia condizionato al positivo riscontro degli utenti, che dovrà essere periodicamente verificato mediante l'esame dei reclami e mediante indagini e sondaggi di mercato, anche a campione, effettuati a cura e spese del gestore secondo modalità prefissate idonee a garantire l'obiettività;
 - c) prevedere forme di vigilanza, anche delle autorità nazionali di regolazione, sull'adozione, sull'idoneità e sul rispetto della carta dei servizi e sull'effettuazione dei sondaggi e delle indagini di mercato, adottando tutte le misure idonee a garantire il rispetto della normativa emanata ai sensi delle lettere precedenti;
 - d) armonizzare la nuova normativa con la disciplina vigente in materia di tutela dei consumatori e con quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, in modo da aumentare, senza in alcun caso ridurre, il previgente livello di tutela degli utenti in materia di accessibilità, sicurezza, continuità, qualità e trasparenza di condizioni del servizio;
 - e) rafforzare i poteri di vigilanza delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità competenti per settore, al fine di garantire la promozione e la tutela della concorrenza e i diritti dei consumatori e degli utenti.
2. Entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui al comma 1, il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive nel rispetto degli stessi principi e criteri direttivi.

Capitolo 2

Corte Costituzionale

Sentenza n. 272 Anno 2004

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Gustavo	ZAGREBELSKY	Presidente
- Valerio	ONIDA	Giudice
- Guido	NEPPI MODONA	"
- Piero Alberto	CAPOTOSTI	"
- Annibale	MARINI	"
- Franco	BILE	"
- Giovanni Maria	FLICK	"
- Francesco	AMIRANTE	"
- Ugo	DE SIERVO	"
- Romano	VACCARELLA	"
- Paolo	MADDALENA	"
- Alfonso	QUARANTA	"

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 2, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326, promosso con ricorso della Regione Toscana notificato il 21 gennaio 2004, depositato in cancelleria il 29 successivo ed iscritto al n. 10 del registro ricorsi 2004.

Visto l'atto di costituzione del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica dell'8 giugno 2004 il Giudice relatore Piero Alberto Capotosti;

uditi l'avvocato Fabio Lorenzoni per la Regione Toscana e l'avvocato dello Stato Franco Favara per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. La Regione Toscana, con ricorso notificato il 21 gennaio 2004 e depositato il successivo 29 gennaio, ha impugnato diverse norme del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 24

novembre 2003, n. 326, e, per quanto qui interessa, ha denunciato l'art. 14, commi 1 e 2, in riferimento agli artt. 117 e 118 della Costituzione.

2. Il censurato art. 14, commi 1 e 2, del d.l. n. 269 del 2003, come modificato dalla legge di conversione n. 326 del 2003, ha modificato sia l'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) – già modificato dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002) in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica – sia l'art. 113-bis del medesimo d. lgs. n. 267 del 2000, introdotto dal citato art. 35 della legge n. 448 del 2001, sui servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

In particolare, la normativa impugnata ha sostituito la distinzione fra servizi pubblici locali “di rilevanza industriale” e servizi pubblici locali “privi di rilevanza industriale” con quella fra servizi pubblici locali “di rilevanza economica” e servizi pubblici locali “privi di rilevanza economica” ed ha specificato che le disposizioni che disciplinano puntualmente le modalità di gestione dei servizi pubblici locali – anch'esse oggetto di modifica – attengono alla tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle specifiche normative di settore. Quanto alla disciplina delle modalità di gestione dei predetti servizi, la normativa impugnata ha stabilito che: la gestione dei servizi di rilevanza economica può essere affidata a società di capitali individuate con gara ad evidenza pubblica o a società miste, i cui soci privati siano scelti con gara ad evidenza pubblica, o a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano; la gestione dei servizi privi di rilevanza economica avviene mediante affidamento diretto ad istituzioni ed aziende speciali o anche a società a capitale interamente pubblico, con esclusione dei privati e delle società miste. Infine, si è provveduto a disciplinare la scadenza del periodo di affidamento in esito alla successiva gara di affidamento al nuovo gestore nonché il periodo di transizione per il passaggio dalle esistenti gestioni a quelle da affidarsi con le nuove regole.

2.1. Secondo la Regione Toscana, le disposizioni impugnate violerebbero in primo luogo l'art. 117 della Costituzione, in quanto porrebbero una disciplina dettagliata ed autoapplicativa dei servizi pubblici locali, materia che l'art. 117 non contempla fra quelle riservate alla legislazione esclusiva dello Stato e che quindi spetta alle regioni disciplinare nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Tale materia non sarebbe, infatti, riconducibile alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione), la quale riguarderebbe solo i servizi sociali e non quelli di rilevanza economica e comunque – essendo limitata alla determinazione degli standard minimi delle prestazioni – non precluderebbe al legislatore regionale la possibilità di disciplinare gli aspetti concernenti l'organizzazione del servizio e le modalità di gestione del medesimo; né essa potrebbe ricollegarsi alle “funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane” (art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione), non costituendo la gestione dei servizi pubblici locali una funzione fondamentale dell'ente locale, ma “un'attività di regola esercitata in regime di concorrenza e quindi sottratta ad una gestione effettuata con gli strumenti del potere pubblico”. Le disposizioni impugnate non si potrebbero, inoltre, giustificare – ad avviso della ricorrente – neppure in relazione alla competenza legislativa statale esclusiva in materia di “tutela della concorrenza” (art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione), in quanto la disciplina dei servizi pubblici locali riguarderebbe non già la “tutela della concorrenza”, ma la diversa materia della “promozione della concorrenza”, costituita da un insieme di regole e procedure di tipo pubblicistico volte a creare in modo artificiale le condizioni per la concorrenza, di competenza regionale.

La ricorrente deduce, infine, che le disposizioni censurate violerebbero anche l'art. 118 della Costituzione, non essendo indicati i “presupposti per l'intervento legislativo statale in sussidiarietà” e non essendo comunque prevista “l'intesa con la regione che sarebbe invece imprescindibile a fronte dell'interferenza della disciplina in ambiti materiali di competenza regionale”.

2.2. Nell'imminenza dell'udienza pubblica la Regione Toscana ha depositato memoria, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

3. Nel giudizio si è costituito il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che il ricorso venga dichiarato inammissibile e, comunque, infondato.

In via preliminare, la difesa erariale ritiene che il ricorso sia inammissibile, giacché, con riferimento alle disposizioni legislative già presenti nel decreto-legge n. 269 del 2003 e quindi già in vigore dal 2 ottobre 2003, "a sé stanti e non modificate dalla legge di conversione", esso sarebbe tardivo e comunque conterrebbe censure prive di motivazione.

Nel merito, la difesa erariale sostiene l'infondatezza del ricorso, deducendo che sussisterebbe una competenza legislativa esclusiva dello Stato, non solo in relazione alla materia "tutela della concorrenza" (secondo comma, lettera e), dell'art. 117 della Costituzione), ma anche in relazione alla materia "funzioni fondamentali degli enti locali" (secondo comma, lettera p), dell'art. 117 della Costituzione), in quanto le funzioni di gestione, organizzazione ed erogazione dei servizi pubblici locali sarebbero "essenziali" rispetto ai bisogni delle comunità servite nonché in riferimento alla cospicua incidenza sull'equilibrio finanziario degli enti locali dei costi per gli investimenti e per l'esercizio dei servizi stessi. Si ravviserebbe, altresì, una competenza legislativa statale esclusiva in tema di servizi pubblici locali anche in relazione alla materia "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (secondo comma, lettera m), dell'art. 117 della Costituzione), dal momento che, attraverso la prestazione dei servizi pubblici locali, si concretizzerebbero "molteplici ed importanti diritti sociali" che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

3.1. Nell'imminenza dell'udienza pubblica, la difesa erariale ha depositato memoria nella quale insiste perché la Corte dichiari inammissibile e/o infondato il ricorso.

In particolare, l'Avvocatura generale dello Stato precisa che le modifiche apportate alla disciplina dei servizi pubblici locali dalle disposizioni impugnate costituirebbero l'esito di "un pluriennale dialogo con l'Unione europea" e sarebbero perciò volte "ad assicurare la realizzazione di un valore e di un risultato – quello di una (per quanto tecnicamente possibile) effettiva e non ostacolata concorrenza fra operatori economici" – esplicitamente indicato dai Trattati come fondamentale. Pertanto, le disposizioni impugnate sarebbero sorrette da più parametri costituzionali contenuti nell'art. 117, secondo comma, della Costituzione, in particolare alla lettera e) ed alla lettera a).

4. All'udienza pubblica le parti hanno insistito per l'accoglimento delle conclusioni rassegnate negli scritti difensivi.

Considerato in diritto

1. La questione di legittimità costituzionale, sollevata con il ricorso in epigrafe dalla Regione Toscana, ha ad oggetto l'art. 14, commi 1 e 2, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003, n. 326, in riferimento agli artt. 117 e 118 della Costituzione. Secondo la ricorrente, le disposizioni impugnate, che hanno introdotto una disciplina dettagliata ed autoapplicativa dei servizi pubblici locali sia "di rilevanza economica", sia "privi di rilevanza economica", non sarebbero riconducibili a nessuna delle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato previste dall'art. 117, secondo comma, della Costituzione, né, in particolare, a quella relativa alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", o a quella relativa alle "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane". Neppure invocabile, secondo la ricorrente, sarebbe la competenza statale in materia di "tutela della concorrenza", prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e), giacché al massimo si potrebbe fare riferimento alla "promozione della concorrenza" in tutti quei casi in cui il mercato non appaia concorrenziale.

La disciplina in oggetto, dettagliata ed autoapplicativa, esulerebbe quindi dalla sfera di competenza legislativa dello Stato e rientrerebbe nell'ambito della competenza esclusiva della Regione ricorrente, dal momento che non sono neppure indicati i "presupposti" di un eventuale intervento "in sussidiarietà" dello Stato, ai sensi dell'art. 118 della Costituzione, e non è comunque previsto un accordo sul punto tra Stato e Regione.

2. In via preliminare vanno rigettate le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'Avvocatura generale dello Stato in ordine all'asserita tardività delle censure proposte dalla ricorrente nei confronti di disposizioni della legge di conversione 24 novembre 2003, n. 326, che hanno confermato quelle originariamente contenute nel

d.l. 30 settembre 2003, n. 269. Ed infatti, indipendentemente dalla circostanza che nella specie la legge di conversione ha introdotto rilevanti modifiche, in considerazione del carattere intrinsecamente precario del decreto – legge, il ricorso può essere proposto nei confronti della relativa legge di conversione che rende permanente e definitiva la asserita lesione da cui scaturisce l'interesse a ricorrere della Regione (sentenza n. 25 del 1996).

3. La questione è parzialmente fondata, nei termini di seguito esposti.

Le disposizioni impugnate, che recano una nuova disciplina della gestione dei servizi pubblici locali, si inseriscono in un quadro normativo molto articolato, che sostanzialmente prende le mosse dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, recante la legge finanziaria per il 2002, il quale introduce profonde modifiche alla impostazione normativa risalente agli anni novanta e consacrata nell'art. 113 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). Ma subito dopo la riforma del 2001, si è proceduto ad ulteriori innovazioni su aspetti rilevanti della disciplina in esame, dapprima con il censurato art. 14 del d.l. n. 269 del 2003, convertito con modificazioni nella legge n. 326 del 2003, e successivamente ancora con l'art. 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2004). Tali innovazioni sono state in larga parte indotte dai rilievi espressi dalla Commissione europea sulla precedente normativa e dall'esigenza di trovare un esplicito fondamento nel novellato art. 117 della Costituzione. Sotto questi profili sono significativi, nella disciplina in esame, sia il testuale riferimento alla tutela della concorrenza, sia la nuova qualificazione di "rilevanza economica" attribuita a determinati servizi pubblici locali – in analogia con la denominazione che viene attualmente adottata in sede comunitaria – in luogo della precedente qualificazione di "rilevanza industriale".

La disciplina in esame non appare riferibile – come osserva la ricorrente – né alla competenza legislativa statale in tema di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione), giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali, né a quella in tema di "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane" (art. 117, secondo comma, lettera p), giacché la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale. Viceversa, in relazione ai riferimenti testuali e soprattutto ai caratteri funzionali e strutturali della regolazione prevista, la medesima disciplina può essere agevolmente ricondotta nell'ambito della materia "tutela della concorrenza", riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Non appare però condivisibile la prospettazione della Regione ricorrente, secondo cui il regime in oggetto, incidendo su situazioni di non concorrenzialità del mercato per la presenza di diffuse condizioni di monopolio naturale e riguardando interventi propriamente di "promozione" e non già di "tutela" della concorrenza, sarebbe estraneo, in quanto tale, all'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato e pertinente invece alla competenza regionale in tema di servizi pubblici locali. Secondo l'interpretazione di questa Corte, la tutela della concorrenza "non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali" (sentenza n. 14 del 2004). In altri termini, la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato. Alla stregua dei principi espressi da questo indirizzo giurisprudenziale, dunque, non può essere accolta la tesi della ricorrente su una pretesa distinzione di competenze legislative tra Stato e Regioni in ordine rispettivamente a misure di "tutela" o a misure di "promozione" della concorrenza, dal momento che la indicata configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato.

Sotto questo profilo è quindi significativa la dichiarazione, contenuta nel censurato art. 14 di modifica del comma 1 dell'art. 113 del t.u. citato, secondo cui le predette disposizioni sulle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica "concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore". L'art. 14 si può dunque sostanzialmente considerare una norma-principio della materia, alla cui luce è possibile interpretare il complesso delle disposizioni in esame

nonché il rapporto con le altre normative di settore, nel senso cioè che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale. L'accoglimento di questa interpretazione comporta, da un lato, che l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali.

Alla luce di queste considerazioni, nella questione di costituzionalità in esame, non appaiono censurabili tutte quelle norme impugnate che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi – i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali. Alle stesse finalità garantistiche della concorrenza appare ispirata anche la disciplina transitoria, che, in modo non irragionevole, stabilisce i casi di cessazione delle concessioni già assentite in relazione all'effettuazione di procedure ad evidenza pubblica e al tipo di società affidataria del servizio.

Non spetta peraltro a questa Corte valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali in materia: stabilire cioè se una determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato, da postulare misure di tutela della concorrenza, tali da trascendere l'ambito regionale; quello che invece non può sottrarsi al sindacato di costituzionalità è il fatto che i vari "strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi" (sentenza n. 14 del 2004). Il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza appare quindi essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla "tutela della concorrenza" e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, "trasversale" (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequazione al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato.

Proprio sotto questo profilo appare fondata la censura della ricorrente relativa all'art. 14, comma 1, lettera e), che, in riferimento all'art. 113, comma 7, del citato testo unico, là dove stabilisce, dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa, i vari criteri in base ai quali la gara viene aggiudicata, introduce la prescrizione che le previsioni dello stesso comma 7 "devono considerarsi integrative delle discipline di settore". L'estremo dettaglio nell'indicazione di questi criteri, che peraltro non prendono in considerazione ulteriori requisiti dell'aspirante, quali, ad esempio, precedenti esperienze di gestione nel settore, va al di là della pur doverosa tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alla gara, che peraltro appaiono sufficientemente garantiti dalla puntuale indicazione, nella prima parte del comma, di una serie di standard – coerenti con quelli contenuti nella direttiva 2004/18/CE – nel cui rispetto la gara appunto deve essere indetta ed aggiudicata. È evidente quindi che la norma in esame, prescrivendo che deve considerarsi integrativa delle discipline settoriali di fonte regionale la disposizione estremamente dettagliata ed autoapplicativa di cui al citato art. 113, comma 7, pone in essere una illegittima compressione dell'autonomia regionale, poiché risulta ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza l'intervento legislativo statale.

Va pertanto dichiarata, per le ragioni esposte, l'illegittimità costituzionale della norma censurata e, in via conseguenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, anche dell'art. 113, comma 7, limitatamente al secondo ed al terzo periodo del testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002).

4. La tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come "di rilevanza economica", di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi "privi di rilevanza economica" previsti dall'art. 113-bis. La nuova denominazione di questi servizi, adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di

servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale.

A questo proposito la Commissione europea, nel “Libro Verde sui servizi di interesse generale” (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura “non economica”. Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell’assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell’eventuale finanziamento pubblico dell’attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di “rilevanza economica”, ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale.

Alla luce di queste considerazioni, l’intervento del censurato art. 14, comma 2, sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali “privi di rilevanza economica”, di cui all’art. 113-bis del citato testo unico, non può essere certo riferito ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza e quindi, sotto questo profilo, si configura come illegittima compressione dell’autonomia regionale e locale.

Per tutte queste ragioni va dichiarata l’illegittimità costituzionale del censurato art. 14, comma 2 e, in via consequenziale, ai sensi dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, anche dell’art. 113-bis, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall’art. 35 della legge n. 448 del 2001.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

- 1) dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 14, comma 1, lettera e), e comma 2, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326;
- 2) dichiara, ai sensi dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l’illegittimità costituzionale dell’art. 113, comma 7, limitatamente al secondo ed al terzo periodo, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali), nel testo sostituito dall’art. 35, comma 1, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002);
- 3) dichiara, ai sensi dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l’illegittimità costituzionale dell’art. 113-bis dello stesso decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nel testo introdotto dal comma 15 dell’art. 35 della citata legge n. 448 del 2001;
- 4) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 14, comma 1 – ad eccezione della lettera e) già dichiarata costituzionalmente illegittima – del medesimo decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, nella citata legge 24 novembre 2003, n. 326, sollevata, in riferimento agli artt. 117 e 118 della Costituzione, dalla Regione Toscana con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 13 luglio 2004.

F.to:

Gustavo ZAGREBELSKY, Presidente

Piero Alberto CAPOTOSTI, Redattore

Depositata in Cancelleria il 27 luglio 2004.

Sentenza n. 29
Anno 2006

Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Franco BILE	Presidente
- Giovanni Maria FLICK	Giudice
- Francesco AMIRANTE	“
- Ugo DE SIERVO	“
- Romano VACCARELLA	“
- Paolo MADDALENA	“
- Alfio FINOCCHIARO	“
- Alfonso QUARANTA	“
- Franco GALLO	“
- Luigi MAZZELLA	“
- Gaetano SILVESTRI	“
- Sabino CASSESE	“
- Maria Rita SAULLE	“
- Giuseppe TESAURO	“

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4, e dell'art. 7, comma 1, lettera b), e comma 4, lettere b), d), f) e g), della legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 (Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 18 ottobre 2004, depositato nella cancelleria della Corte il successivo 21 ottobre, ed iscritto al n. 100 del registro ricorsi 2004.

Visto l'atto di costituzione della Regione Abruzzo;

udito nell'udienza pubblica del 13 dicembre 2005 il Giudice relatore Alfonso Quaranta;

uditi l'avvocato dello Stato Giorgio D'Amato per il Presidente del Consiglio dei ministri e l'avvocato Sandro Pasquali per la Regione Abruzzo.

Ritenuto in fatto

1. Con ricorso notificato il 18 ottobre 2004 e depositato il successivo 21 ottobre, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato gli articoli 4, comma 4, e 7, comma 1, lettera b), e comma 4, lettere b), d), f), g), della legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23

(Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica), pubblicata nel Bollettino Ufficiale della Regione Abruzzo del 20 agosto 2004, n. 22, per violazione degli articoli 3, 117, primo comma – anche in relazione agli articoli da 52 a 66 (ora articoli da 43 a 55) del Trattato dell'Unione europea –, secondo comma, lettere e, l) e p), nonché terzo comma, della Costituzione, chiedendo che ne venga dichiarata l'illegittimità costituzionale.

2. Il ricorrente osserva, preliminarmente, che la legge reg. Abruzzo n. 23 del 2004 detta disposizioni normative in un settore, servizi pubblici locali a rilevanza economica, che per i profili relativi alla tutela della concorrenza – materia oggetto, ex art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, di competenza legislativa esclusiva dello Stato – è disciplinato dall'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), norma, quest'ultima, di principio, non derogabile dalla legislazione regionale (il Presidente del Consiglio dei ministri richiama la sentenza n. 272 del 2004).

3. Tanto premesso, l'Avvocatura dello Stato sospetta di illegittimità costituzionale l'art. 4, comma 4, e l'art. 7, comma 4, lettera b), della legge regionale in esame.

La difesa dello Stato rileva come l'art. 4, comma 4, vieti alle società a capitale interamente pubblico (e rispettive società collegate e controllate), proprietarie di reti, impianti, dotazioni patrimoniali e beni essenziali all'espletamento di un servizio pubblico locale, di partecipare alle gare disciplinate dall'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267 del 2000, per la scelta del soggetto gestore del servizio, ovvero per la scelta del socio privato delle società a capitale misto pubblico/privato.

A sua volta, l'art. 7, comma 4, lettera b), vieta alle medesime società, affidatarie dirette della gestione (in ipotesi anche integrata) del servizio pubblico locale, di partecipare alle gare, ad evidenza pubblica, per la scelta del soggetto gestore del servizio e per la scelta del socio privato delle società a capitale misto.

Tuttavia, rileva il Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi del comma 15-quater, dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, analogo divieto – previsto dal comma 6 per le società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, nonché per le società a capitale interamente pubblico affidatarie dirette della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, ovvero per le imprese titolari della gestione a seguito di procedure ad evidenza pubblica – «non opera sino al 31 dicembre 2006».

Da tali rilievi il ricorrente deduce che le disposizioni impugnate – che riguardano le società proprietarie delle reti e non solo quelle titolari della relativa gestione – impediscono l'esercizio di un'attività economica sul territorio abruzzese, contrastano con l'unicità del mercato e violerebbero, pertanto, l'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, che riserva allo Stato la potestà legislativa esclusiva nella materia "tutela della concorrenza".

Per altro verso, le norme in oggetto, negando l'esigenza di una disciplina transitoria riconosciuta, invece, dalla legge statale, lederebbero «uno dei canoni fondamentali di cui all'art. 3 della Costituzione».

4. Il Presidente del Consiglio dei ministri censura anche l'art. 7, comma 1, lettera b), della legge reg. Abruzzo n. 23 del 2004, che stabilisce un limite minimo (40 per cento del capitale sociale) alla partecipazione azionaria del socio privato nelle società a capitale sociale misto pubblico/privato, cui può essere conferita la titolarità della gestione del servizio pubblico locale a rilevanza economica.

Tale limitazione, non contemplata dall'art. 113, comma 5, lettera b) del d.lgs. n. 267 del 2000, contrasterebbe con l'art. 3 della Costituzione, in quanto appare irrazionale stabilire un limite minimo, anziché massimo, alla partecipazione privata.

La disposizione in esame, inoltre, sarebbe suscettibile di alterare il regime di libero mercato, nonché contraddittoria con la scelta del legislatore statale di consentire anche apporti di non elevato rilievo finanziario da parte di soggetti in possesso, peraltro, delle necessarie capacità tecniche.

Ad avviso della difesa dello Stato, quindi, vi sarebbe la lesione della competenza statale in ordine alla determinazione dei principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, della Costituzione), nonché della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia "tutela della concorrenza" (art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione).

5. Il ricorrente impugna l'art. 7, comma 4, lettera d), della legge reg. Abruzzo de qua, che vieta alle società a capitale interamente pubblico di conferire incarichi professionali, di collaborazione e di qualsiasi altro genere, a persone e/o a società legate da rapporti di dipendenza e/o di collaborazione con l'ente o gli enti titolari del capitale sociale, in quanto tali obbligati ad esercitare sulle società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Poiché, secondo l'Avvocatura dello Stato, il mancato rispetto della norma darebbe luogo alla nullità dell'atto costitutivo del rapporto, si profilerebbe, ad opera del legislatore regionale, un'invasione della competenza legislativa nella materia "ordinamento civile", riservata in via esclusiva allo Stato, ex art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione.

La disposizione in esame, inoltre, verrebbe a configurare delle incompatibilità nell'esercizio delle professioni, che attengono, ugualmente, al piano dell'ordinamento civile.

Potrebbe, infine, ipotizzarsi un contrasto con i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, di cui agli artt. da 52 a 66 (ora artt. da 43 a 55) del Trattato dell'Unione europea, con violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

6. A sostegno della ritenuta illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera f), della legge regionale in esame, la difesa dello Stato deduce che detta disposizione – la quale prevede che le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico locale, siano obbligate al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente – pone a carico di società private obblighi e oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato, ed invaderebbe, quindi, la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia "ordinamento civile" (art. 117, secondo comma, lettera l, della Costituzione).

7. Infine il Presidente del Consiglio dei ministri deduce l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera g), della medesima legge regionale, in quanto detta norma – nel prevedere l'ineleggibilità a sindaco, presidente della Provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale dei Comuni e delle Province titolari del capitale sociale delle società affidatarie della gestione del servizio pubblico, per i legali rappresentanti ed i componenti degli organi esecutivi delle società medesime – lederebbe la competenza esclusiva dello Stato, ex art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, «in materia di organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane».

8. Si è costituita nel giudizio la Regione Abruzzo, depositando in cancelleria comparsa con apposta a margine la procura speciale alle liti rilasciata dal Presidente della Giunta regionale «per rappresentare e difendere la Regione Abruzzo nel presente giudizio dinanzi alla Corte Costituzionale concernente il ricorso per incostituzionalità promosso dalla Presidenza del Consiglio dei ministri avverso la legge regionale n. 22 del 5 agosto 2004».

La difesa regionale ha chiesto che la Corte «voglia in parte dichiarare» manifestamente infondate le questioni di costituzionalità sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri.

9. In ordine alla prospettata illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4, della legge suddetta, la Regione ha osservato che la lettura offerta dall'Avvocatura non può essere condivisa, e che deve essere, invece, privilegiata un'interpretazione conforme a Costituzione.

Il legislatore regionale ha ritenuto, infatti, non necessario ribadire il termine iniziale di operatività del divieto, poiché lo stesso era già stabilito dalla normativa statale di principio in materia, in modo inderogabile.

Con riguardo alle censure rivolte all'art. 7, comma 4, lettera b), della legge reg. n. 23 del 2004, la Regione ha dedotto che – in particolare, rispetto al rilievo che l'estensione soggettiva del divieto ricomprende le società proprietarie delle reti, anziché solo quelle titolari della relativa gestione – «si riscontra una non perfetta aderenza con la normativa statale».

10. La Regione ritiene, altresì, che l'art. 7, comma 1, lettera b), della legge impugnata, ricalchi esattamente il contenuto della corrispondente disposizione statale (art. 113, comma 5, lettera b, del d.lgs. n. 267 del 2000) discostandosene, unicamente, per l'introduzione di una soglia minima di partecipazione al capitale sociale del socio privato.

La norma regionale andrebbe, quindi, letta come una specificazione di dettaglio della disciplina statale di principio, che tace al riguardo, attribuendo una connotazione giuridica ben precisa al concetto di “società mista”.

11. In merito alle censure formulate rispetto all’art. 7, comma 4, lettera d), la difesa regionale ha osservato che la norma costituisce, in primo luogo, emanazione diretta del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione, ex art. 97, primo comma, della Costituzione, e, nello specifico, che essa è estrinsecazione di quel presupposto naturale che caratterizza la stessa essenza giuridica del controllo, il quale esige, quantomeno, l’alterità tra controllante e controllato.

12. Rispetto alla dedotta illegittimità costituzionale dell’art. 7, comma 4, lettera f), della legge reg. n. 23 del 2004, la resistente ha rilevato come, con riguardo alle società a capitale interamente pubblico, vada tenuto distinto l’aspetto formale da quello sostanziale, di modo che il ricorso, da parte degli enti pubblici, a forme organizzative proprie del diritto privato, non vale a dissolverne totalmente la natura pubblicistica.

13. Infine, rispetto all’impugnativa dell’art. 7, comma 4, lettera g), la Regione osserva che la norma non contrasta con l’assetto costituzionale, poiché si limita a ribadire figure di ineleggibilità già previste a livello statale (cfr. artt. 60, 61 e 63 del d.lgs. n. 267 del 2000).

Considerato in diritto

1. Il Presidente del Consiglio dei ministri ha proposto questione di legittimità costituzionale di diverse disposizioni della legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 (Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica), che disciplinano le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica alle società a capitale interamente pubblico o a capitale misto pubblico/privato, nonché il regime giuridico delle medesime.

La citata legge regionale, secondo quanto disposto dall’art. 2, regola il servizio di gestione dei rifiuti urbani, il servizio idrico integrato, nonché i servizi di trasporto pubblico locale, come specificati, tutti qualificati «a rilevanza economica».

In particolare, il ricorrente impugna l’art. 4, comma 4, l’art. 7, comma 4, lettere b), d), f) e g), nonché l’art. 7, comma 1, lettera b), della legge regionale, prospettando la violazione dell’art. 3, dell’art. 117, primo comma – anche in relazione agli articoli da 52 a 66 (ora artt. da 43 a 55) del Trattato istitutivo dell’Unione europea –, secondo comma, lettere e), l) e p), e terzo comma, della Costituzione.

2. In via preliminare deve essere dichiarata inammissibile – ai sensi degli artt. 25, 31 e 34 della legge 11 marzo 1953, n. 87 e dell’art. 23, comma 1, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale – la costituzione in giudizio della Regione Abruzzo.

La procura speciale alle liti, apposta a margine dell’atto di costituzione, infatti, è stata rilasciata dal Presidente della Giunta regionale, per la rappresentanza e la difesa della Regione, nel giudizio di costituzionalità della legge reg. 5 agosto 2004, n. 22 (la cui rubrica reca “Nuove disposizioni in materia di politiche di sostegno all’economia ittica”), e non della legge reg. 5 agosto 2004, n. 23.

Il difetto di una valida procura alle liti, rende, quindi, tamquam non esset l’attività processuale svolta dalla difesa regionale.

3. Le censure proposte devono essere esaminate, in primo luogo, con riferimento alle disposizioni contenute negli artt. 4, comma 4, e 7, comma 4, lettera b), che violerebbero la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia “tutela della concorrenza”, quale desumibile dalla disciplina dettata dall’art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali), nonché l’art. 3 della Costituzione, «negando l’esigenza di una disciplina transitoria riconosciuta invece dalla legge statale».

In particolare, l’art. 4, comma 4, della legge regionale impugnata stabilisce che le società a capitale interamente pubblico – alle quali gli enti locali abbiano conferito la proprietà delle reti, degli impianti, delle dotazioni patrimoniali e dei beni essenziali all’espletamento di un servizio pubblico locale – nonché le società controllate e collegate con le medesime, non sono ammesse a partecipare alle gare (ad evidenza pubblica)

indette per la scelta del soggetto gestore del servizio, ovvero per la scelta del socio privato delle società a capitale misto, gare disciplinate dall'art. 113, comma 5, del citato d.lgs. n. 267 del 2000.

L'art. 7, comma 4, lettera b), a sua volta, vieta alle società a capitale interamente pubblico di cui al precedente comma 1, lettera c), in quanto già affidatarie dirette della gestione (anche integrata) di un servizio pubblico locale a rilevanza economica, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica indette per la scelta del soggetto cui conferire la gestione dei servizi.

4. Il ricorrente si duole, in sostanza, che la legge regionale avrebbe introdotto limitazioni non previste, o con una non consentita efficacia immediata, rispetto alla disciplina statale, in ordine alla partecipazione delle società costituite da enti pubblici, a capitale interamente pubblico, alle gare di cui innanzi, nella ipotesi in cui le medesime:

- a) siano proprietarie di reti, impianti e dotazioni patrimoniali (divieto assoluto in ragione del richiamo all'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267 del 2000);
- b) siano già affidatarie della gestione di servizi pubblici locali (divieto relativo in ragione dell'art. 7, comma 1, lettera c, della medesima legge reg. n. 23 del 2004).

Il primo divieto (art. 4, comma 4) non sarebbe previsto dalla normativa statale dettata dal citato d.lgs., mentre il secondo (art. 7, comma 4, lettera b), potrebbe essere ricondotto alla previsione dell'art. 113, comma 6, dello stesso d.lgs., la quale però, in ragione del successivo comma 15-quater, opererà soltanto a partire dal 1° gennaio 2007.

5. Ciò precisato, appare opportuno, in via preliminare, richiamare, sia pure in sintesi, la disciplina statale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con particolare riguardo al regime giuridico delle procedure per l'affidamento della gestione delle reti, nonché per l'affidamento della gestione del servizio.

6. La disciplina in questione è contenuta nel Titolo V del d.lgs. n. 267 del 2000 e, in particolare, nell'art. 113 che ha subito, nel corso del tempo, varie modificazioni per effetto dell'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002), dell'art. 14, comma 1, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326, nonché dell'art. 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2004).

7. Proprio l'art. 14, comma 1, del citato decreto-legge n. 269 del 2003, secondo cui le disposizioni dell'art. 113, sulle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, «concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore», è stato sottoposto al vaglio di costituzionalità.

E questa Corte, con la sentenza n. 272 del 2004, ha affermato che tale disposizione si può sostanzialmente ritenere «una norma-principio della materia, alla cui luce è possibile interpretare il complesso delle disposizioni in esame nonché il rapporto con le altre normative di settore, nel senso cioè che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale. L'accoglimento di questa interpretazione comporta, da un lato, che l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali».

La Corte ha ritenuto, altresì, che «alle stesse finalità garantistiche della concorrenza appare ispirata anche la disciplina transitoria, che, in modo non irragionevole, stabilisce i casi di cessazione delle concessioni già assenti in relazione all'effettuazione di procedure ad evidenza pubblica e al tipo di società affidataria del servizio».

In conclusione, pertanto, alla potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia "tutela della concorrenza", devono essere ricondotte le disposizioni statali di principio contenute nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, in quanto le medesime, pur incidendo sulla materia dei servizi pubblici locali, che appartiene alla competenza

residuale delle Regioni, disciplinano l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, di rilevanza economica, secondo un sistema teso a salvaguardare la concorrenzialità del mercato.

8. Orbene, il richiamato art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, nel testo risultante dalle varie modifiche subite nel tempo, delinea una complessa disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che risulta caratterizzata, in linea generale:

- dalla separazione tra la proprietà di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali, riservata all'ente locale (o trasferita da quest'ultimo a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile), e la gestione del servizio pubblico;
- da un tendenziale accorpamento della gestione delle reti all'erogazione del servizio pubblico locale, prevedendosi la tipizzazione, ad opera della normativa di settore, dei casi in cui le suddette attività possono, invece, essere eccezionalmente disgiunte.

In detto sistema, quindi, si possono distinguere tre aspetti nella regolamentazione dei servizi pubblici locali, che possono essere così individuati:

- proprietà di reti, impianti e dotazioni patrimoniali;
- gestione della rete;
- erogazione del servizio.

Dall'esame del contenuto del citato art. 113, in combinato disposto con altre norme nel medesimo articolo richiamate, sono desumibili, i seguenti principi:

- la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali spetta agli enti locali (art. 113, comma 2), che possono conferirla però – come si è precisato – a società a capitale interamente pubblico (art. 113, comma 13);
- le discipline di settore possono stabilire i casi in cui l'attività di gestione delle reti e degli impianti può essere separata dalla erogazione del servizio (art. 113, comma 3); qualora sia stata prevista detta separazione, per la gestione gli enti locali si avvalgono, con affidamento diretto, delle società proprietarie delle reti, di società a capitale interamente pubblico costituite allo scopo, oppure, mediante procedure di evidenza pubblica, di imprese idonee (art. 113, commi 13 e 4);
- il conferimento della titolarità del servizio pubblico, per l'erogazione dello stesso, è affidato (art. 113, comma 5):
 - a) a società di capitali individuate mediante l'espletamento di gare ad evidenza pubblica;
 - b) a società di capitale misto pubblico/privato, nelle quali il socio privato sia scelto attraverso gare ad evidenza pubblica;
 - c) a società a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulle società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;
- le società che in Italia o all'estero gestiscono a qualsiasi titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica o a seguito dei relativi rinnovi, nonché le società controllate o collegate alle medesime ovvero i soggetti titolari della gestione delle reti (quando sia disgiunta dall'erogazione del servizio) non possono partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio pubblico di cui al comma 5 (art. 113, comma 6);
- il divieto da ultimo richiamato opera per entrambe le categorie di soggetti ivi indicate soltanto a partire dal 1° gennaio 2007, a meno che non si tratti «dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa» (comma 15-quater, aggiunto all'art. 113 dall'art. 4, comma 234, della legge n. 350 del 2003).

9. Orbene, lo scrutinio di legittimità costituzionale, in ordine alle disposizioni della legge regionale ora oggetto di censure da parte dello Stato, deve essere condotto alla luce del suddetto quadro normativo statale, che – come si è sopra visto – trova la sua fonte nel parametro costituzionale dell'art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione, al quale ha fatto fundamentalmente riferimento, nel suo ricorso, il Presidente del Consiglio dei ministri.

10. Ciò chiarito, deve essere, innanzitutto, esaminata la questione di legittimità costituzionale proposta dal ricorrente con riferimento all'art. 4, comma 4, della legge regionale impugnata.

Tale questione non è fondata.

La disposizione regionale oggetto di impugnazione esclude che le società a capitale interamente pubblico, cui sia stata conferita dagli enti locali la proprietà di reti, impianti e dotazioni patrimoniali, destinati all'esercizio dei servizi pubblici, possano partecipare alle gare ad evidenza pubblica indette per la scelta del soggetto gestore del servizio o del socio privato delle società a capitale misto pubblico/privato.

Dalla formulazione della disposizione in esame e, in particolare, dalla specificazione degli ulteriori compiti e poteri che le società a capitale totalitario pubblico possono esercitare (tra i quali può essere compreso anche quello di espletare le gare per la scelta del soggetto affidatario dell'erogazione del servizio, ex art. 113, comma 13) si desume che il legislatore statale non ha specificamente previsto la possibilità per le suddette società di partecipare alle gare per l'affidamento della gestione del servizio; né, per converso, ha escluso in modo espresso tale possibilità.

In tale situazione, versandosi pur sempre in materia riservata alla competenza residuale delle Regioni, nel silenzio della legislazione statale al riguardo, può ritenersi ammissibile che queste ultime, esercitando la loro discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo Stato, prevedendo il divieto per le società proprietarie delle reti di partecipare alle gare in questione. D'altronde, siffatta determinazione si presenta anche coerente con il principio d'ordine generale, pure se derogabile, che postula la separazione tra soggetti proprietari delle reti e soggetti erogatori del servizio.

Si deve, pertanto, escludere che sussista il denunciato contrasto tra la disposizione regionale impugnata (art. 4, comma 4) e le norme contenute nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000.

11. Va esaminata ora la questione relativa all'art. 7, comma 4, lettera b), della stessa legge regionale.

La questione è fondata nei termini che seguono.

La norma impugnata, nel vietare alle società a capitale interamente pubblico, già affidatarie in via diretta della gestione di un servizio pubblico, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto gestore del servizio, contrasta con le disposizioni contenute nell'art. 113 (segnatamente nel comma 15-quater) del d.lgs. n. 267 del 2000 e, dunque, con il parametro costituzionale dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione.

Occorre ricordare, in proposito, che questa Corte (sentenza n. 272 del 2004) ha ritenuto che, allo scopo di salvaguardare le esigenze della concorrenza, operano non solo le disposizioni previste a regime sulle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, ma anche le relative disposizioni aventi carattere soltanto transitorio.

La previsione contenuta nel comma 6 dell'art. 113, cui si riconnette l'impugnata norma regionale, nel disporre il divieto di partecipare alle gare di cui al precedente comma 5, tende a garantire la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi – di rilevante incidenza sul mercato (cfr. la citata sentenza n. 272 del 2004). Ma proprio una corretta attuazione del nuovo regime di divieti ha richiesto, ragionevolmente, come disposto dal legislatore statale con il comma 15-quater del medesimo art. 113, una disciplina transitoria per consentire un complessivo riequilibrio e un progressivo adeguamento del "mercato". Ciò comporta che la mancata previsione, nella legge regionale, di un analogo regime transitorio, che definisca le modalità temporali di efficacia del divieto in esame, è idonea ad arrecare un vulnus all'indicato parametro costituzionale.

Va, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera b), della legge impugnata, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, nella parte in cui non prevede che il divieto ivi contemplato si applica a decorrere dal 1° gennaio 2007, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa.

Resta assorbito l'ulteriore profilo di illegittimità costituzionale prospettato dal ricorrente con riguardo all'art. 3 della Costituzione.

12. Il Presidente del Consiglio dei ministri lamenta, altresì, l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, lettera b), della legge in esame, che stabilisce un limite minimo (40 per cento del capitale sociale) per la partecipazione azionaria del socio privato, da scegliere con procedura di evidenza pubblica, della società mista cui può essere conferita la titolarità della gestione del servizio pubblico di rilevanza economica. Ad avviso dell'Avvocatura dello Stato, la norma contrasta con l'art. 113, comma 5, lettera b), del d.lgs. n. 267 del 2000, violando sia la competenza statale riguardo alla determinazione dei principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, della Costituzione), sia la competenza esclusiva statale nella materia "tutela della concorrenza" (art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione). La disposizione in esame lederebbe, altresì, l'art. 3 della Costituzione.

13. La questione non è fondata.

Occorre rilevare come l'art. 113, comma 5, lettera b), nell'individuare tra i possibili soggetti, cui conferire direttamente la gestione del servizio pubblico locale, le società a capitale misto pubblico/privato, non stabilisca alcun limite percentuale, né massimo né minimo, alla partecipazione al capitale sociale da parte del socio privato, limitandosi soltanto a richiedere che detto socio sia scelto con le procedure dell'evidenza pubblica. La mancanza di una qualsiasi previsione statale in merito alla consistenza del capitale privato nell'ambito della compagine sociale consente al legislatore regionale, nell'esercizio della sua discrezionalità, di stabilire quote minimali di partecipazione. Né può ritenersi che la specificazione operata dalla norma impugnata possa considerarsi intrinsecamente irragionevole: la previsione di un siffatto limite, al di là delle sue implicazioni sul piano della concorrenza, risponde, infatti, all'esigenza di evitare che partecipazioni minime o addirittura simboliche si possano risolvere in una elusione delle modalità complessive di conferimento della gestione del servizio pubblico locale.

14. Ulteriore questione di legittimità costituzionale è stata proposta nei confronti dell'art. 7, comma 4, lettera d), della medesima legge regionale, che vieta alle società a capitale interamente pubblico, alle quali sia affidato in via diretta la gestione di un servizio pubblico locale, il conferimento di incarichi professionali, di collaborazione e di qualsiasi altro genere in favore di persone e/o di società legate da rapporti di dipendenza e/o di collaborazione con l'ente o gli enti titolari del capitale sociale, in quanto tali obbligati all'esercizio del controllo di cui al precedente comma 1, lettera c).

Deduce la difesa dello Stato che, poiché si può ricondurre alla trasgressione del divieto la nullità dell'atto costitutivo del rapporto vietato, si profila un'invasione della competenza nella materia "ordinamento civile", la quale spetta in via esclusiva allo Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione.

La norma, inoltre, verrebbe a configurare una incompatibilità nell'esercizio della professione, che attiene ugualmente al piano dell'ordinamento civile. Può, inoltre, profilarsi, ad avviso del ricorrente, un contrasto con i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi di cui agli artt. da 52 a 66 (ora artt. da 43 a 55) del Trattato istitutivo dell'Unione europea, con conseguente violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

15. La questione non è fondata.

Le censure, dedotte con riferimento alla competenza legislativa statale esclusiva nella materia "ordinamento civile", non possono accogliersi, in quanto la prospettata nullità del contratto d'opera professionale è meramente ipotetica, né è prevista dalla norma impugnata. D'altronde, le conseguenze della stipulazione del contratto de quo, come vietato, dovranno essere eventualmente verificate in sede di giudizio davanti alla competente autorità giudiziaria ordinaria. Neppure può ritenersi che si versi in una ipotesi di non consentite

limitazioni all'esercizio di attività professionali, giacché non vi è alcun divieto imposto al professionista in quanto tale, ma alla società, sulla quale ricadono le conseguenze della violazione del divieto.

Inammissibile deve, invece, considerarsi il profilo della censura relativo alla dedotta violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, per contrasto con i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi (ora articoli da 43 a 55, già articoli da 52 a 66, del Trattato dell'Unione europea), in quanto trattasi di profilo sfornito di elementi minimi argomentativi (cfr., ex multis, sentenza n. 176 del 2004 e ordinanza n. 23 del 2005).

La norma impugnata trova, in realtà, la sua esclusiva giustificazione nella esigenza di evitare che si determinino situazioni di conflitto di interessi tra controllori e controllati e di garantire, fin dove possibile, trasparenza nei rapporti tra società incaricate della gestione dei servizi in questione ed enti pubblici titolari del capitale sociale.

16. Con la successiva censura il ricorrente deduce l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera f), della legge regionale in esame, in quanto la stessa, nel prevedere che le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico, sono obbligate al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, pone a carico di società private obblighi e oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato ed invade quindi la competenza esclusiva statale nella materia "ordinamento civile" (art. 117, secondo comma, lettera l, della Costituzione).

17. La questione non è fondata.

La disposizione in esame non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici.

D'altronde, questa Corte, sulla base della distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale, e dunque con riferimento al suindicato principio, ha riconosciuto la legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico (sentenza n. 466 del 1993).

18. Infine, con il ricorso viene impugnato l'art. 7, comma 4, lettera g), della legge regionale, che, nel prevedere l'ineleggibilità a sindaco, presidente della Provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale dei Comuni e delle Province titolari del capitale sociale delle società affidatarie della gestione del servizio pubblico, per i legali rappresentanti ed i componenti degli organi esecutivi delle società medesime, invaderebbe la competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, in materia di organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane.

19. La questione è fondata.

L'impugnata norma regionale, disciplinando un caso di ineleggibilità a cariche elettive in enti locali territoriali, invade la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia "organi di governo" di Comuni, Province e Città metropolitane, prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione. Né rileva che, in parte, la disposizione impugnata coincide con quanto previsto dalla legislazione statale negli artt. 60, 61 e 63 del d.lgs. n. 267 del 2000, dal momento che, vertendosi in materia riservata in modo esclusivo allo Stato, la Regione non è legittimata ad adottare nella materia stessa alcuna disciplina, ancorché in parte coincidente con quella statale.

Va, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera g), della legge della Regione Abruzzo n. 23 del 2004.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibile la costituzione in giudizio della Regione Abruzzo;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera b), della legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 (Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica), nella parte in cui non prevede che il divieto ivi previsto si applica a decorrere dal 1° gennaio 2007, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera g), della medesima legge regionale;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4, della medesima legge regionale, proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione agli artt. 3 e 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, lettera b), della medesima legge regionale, proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione agli artt. 3 e 117, secondo comma, lettera e), e terzo comma, della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera d), proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'art. 117, primo comma – anche in relazione agli articoli da 52 a 66 (ora artt. da 43 a 55) del Trattato dell'Unione europea –, e secondo comma, lettera l), della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, lettera f), della medesima legge regionale, proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione all' art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso, in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 23 gennaio 2006.

F.to:

Franco BILE, Presidente

Alfonso QUARANTA, Redattore

Giuseppe DI PAOLA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria l'1 febbraio 2006

Capitolo 3

Atti e pronunce comunitari

Corte di giustizia europea, Sez. V, - Sentenza n. C-107/98 del 18/11/1999

Affidamento del servizio di riscaldamento di edifici comunali.

La direttiva 93/36, non è applicabile ove l'ente locale eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e questo realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente controllante.

Nel procedimento C-107/98, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna nella causa dinanzi ad esso pendente tra Teckal Srl e Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 6 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1),

LA CORTE (Quinta Sezione),

viste le osservazioni scritte presentate:

- per la Teckal Srl, dagli avv.ti A. Soncini e F. Soncini, del foro di Parma, e P. Adami, del foro di Roma;
- per l'Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, dagli avv.ti E.G. Di Fava, del foro di Reggio Emilia, e G. Cugurra, del foro di Parma;
- per il governo italiano, dal professor U. Leanza, capo del servizio del contenzioso diplomatico del ministero degli Affari esteri, in qualità di agente, assistito dal signor P.G. Ferri, avvocato dello Stato;
- per il governo belga, dal signor J. Devadder, consigliere generale presso il servizio giuridico del ministero degli Affari esteri, del Commercio con l'estero e della Cooperazione allo sviluppo, in qualità di agente;
- per il governo austriaco, dal signor W. Okresek, Sektionschef presso la Cancelleria, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dal signor P. Stancanelli, membro del servizio giuridico, in qualità di agente,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali della Teckal Srl, con gli avv.ti A. Soncini e P. Adami, dell'Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, rappresentata dall'avv. G. Cugurra, del governo italiano, rappresentato da signor P.G. Ferri, del governo francese, rappresentato dalla signora A. Bréville-Viéville, chargé de mission presso la direzione affari giuridici del ministero degli Affari esteri, in qualità di agente, e della Commissione, rappresentata dal signor P. Stancanelli, all'udienza del 6 maggio 1999,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 1° luglio 1999,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA
MOTIVAZIONE

1 Con ordinanza 10 marzo 1998, pervenuta in cancelleria il 14 aprile successivo, il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 6 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1).

2 Tale questione è stata proposta nell'ambito di una controversia che vede la Teckal Srl (in prosieguo: la «Teckal») contrapposta al comune di Viano e all'Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia (in prosieguo: l'«AGAC») in ordine all'aggiudicazione, da parte di tale comune, della gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali.

LA NORMATIVA COMUNITARIA

3 L'art. 1, lett. a) e b), della direttiva 92/50 dispone:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

- a) "appalti pubblici di servizi", i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice (...)
- b) "amministrazioni aggiudicatrici", lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

(...).

4 L'art. 2 della direttiva 92/50 precisa:

«Se un appalto pubblico ha per oggetto sia dei prodotti di cui alla direttiva 77/62/CEE che dei servizi di cui agli allegati IA e IB della presente direttiva, esso rientra nel campo d'applicazione della presente direttiva qualora il valore dei servizi in questione superi quello dei prodotti previsti dal contratto».

5 Ai sensi dell'art. 6 della direttiva 92/50:

«La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'articolo 1, lettera b), in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato».

6 La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), ha abrogato la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977, L 13, pag. 1). I riferimenti fatti alla direttiva abrogata si considerano, ai sensi dell'art. 33 della direttiva 93/36, come fatti a quest'ultima.

7 L'art. 1, lett. a) e b), della direttiva 93/36 dispone:

«Ai fini della presente direttiva si intendono per:

- a) "appalti pubblici di forniture", i contratti a titolo oneroso, aventi per oggetto l'acquisto, il leasing, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto di prodotti, conclusi per iscritto fra un fornitore (persona fisica o giuridica) e una delle amministrazioni aggiudicatrici definite alla lettera b). La fornitura di tali prodotti può comportare, a titolo accessorio, lavori di posa e installazione;
- b) "amministrazioni aggiudicatrici", lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

(...).

LA NORMATIVA NAZIONALE

8 L'art. 22, n. 1, della legge italiana 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali (GURI n. 135 del 12 giugno 1990; in prosieguo: la «legge 142/90»), stabilisce che i comuni provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni e le attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

9 Ai sensi dell'art. 22, n. 3, della legge 142/90, i comuni possono fornire tali servizi in economia, in concessione a terzi, a mezzo di azienda speciale, istituzione o società per azioni a prevalente capitale pubblico locale.

10 L'art. 23 della legge 142/90, che definisce le aziende speciali e le istituzioni, dispone che:

«1. L'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale.

(...)

3. Organi dell'azienda e dell'istituzione sono il consiglio di amministrazione, il presidente e il direttore, al quale compete la responsabilità gestionale. Le modalità di nomina e di revoca degli amministratori sono stabilite dallo statuto dell'ente locale.

4. L'azienda e l'istituzione informano la loro attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed hanno l'obbligo del pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, compresi i trasferimenti.

(...)

6. L'ente locale conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura degli eventuali costi sociali.

(...).».

11 Ai sensi dell'art. 25 della legge 142/90, i comuni e le province, per la gestione associata di uno o più servizi, possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'art. 23. A tal fine i rispettivi consigli comunali approvano, a maggioranza assoluta dei componenti, una convenzione unitamente allo statuto del consorzio. L'assemblea del consorzio è composta dai rappresentanti degli enti associati, nella persona del sindaco, del presidente o di un loro delegato. L'assemblea elegge il consiglio di amministrazione e ne approva gli atti fondamentali previsti dallo statuto.

12 L'AGAC è un consorzio costituito da diversi comuni - tra i quali quello di Viano - per la gestione dei servizi dell'energia e dell'ambiente, ai sensi dell'art. 25 della legge 142/90. In forza dell'art. 1 del proprio statuto (in prosieguo: lo «statuto»), essa è dotata di personalità giuridica e autonomia imprenditoriale. L'art. 3, n. 1, dello statuto prevede che essa ha come scopo l'assunzione diretta e la gestione di taluni servizi pubblici elencati, tra i quali «gas metano per usi civili e produttivi; calore per usi civili e produttivi; attività connesse e accessorie ai servizi sopra indicati».

13 Ai sensi dell'art. 3, nn. 2-4, dello statuto, l'AGAC può estendere le sue attività ad altri servizi connessi o accessori, partecipare ad enti e/o a società a capitale pubblico o privato per la gestione di attività connesse e accessorie, e infine svolgere servizi o provvedere a forniture nei confronti di privati o enti pubblici diversi dai comuni consorziati.

14 Ai sensi degli artt. 12 e 13 dello statuto, gli atti di gestione più importanti, tra i quali i bilanci preventivi e i consuntivi, sono approvati dall'assemblea dell'AGAC, composta da rappresentanti dei comuni. Gli altri organi direttivi sono il consiglio, il presidente del consiglio e il direttore generale. Questi ultimi non rispondono della loro gestione dinanzi ai comuni. Le persone fisiche che compongono tali organi non rivestono cariche nei comuni consorziati.

15 L'art. 25 dello statuto sancisce per l'AGAC l'obbligo del pareggio di bilancio e quello dell'economicità gestionale. In applicazione dell'art. 27 dello statuto, i comuni conferiscono fondi o beni all'AGAC, che versa loro interessi annui. L'art. 28 dello statuto prevede che gli eventuali utili di esercizio siano ripartiti tra i comuni consorziati, conservati dall'AGAC per incrementare i fondi di riserva o anche reinvestiti in altre attività dell'AGAC. A norma dell'art. 29 dello statuto, nel caso di perdita di esercizio, si può procedere al risanamento della situazione finanziaria, in particolare, attraverso il conferimento di nuovi capitali da parte dei comuni consorziati.

16 L'art. 35 dello statuto prevede una procedura di arbitrato per la composizione delle controversie tra i comuni consorziati o tra questi ultimi e l'AGAC.

17 Con la sua deliberazione 24 maggio 1997, n. 18 (in prosieguo: la «delibera»), il consiglio comunale di Viano ha affidato all'AGAC la gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali. Tale delibera non è stata preceduta da alcuna procedura di gara.

18 Il compito dell'AGAC consiste, più in particolare, nella conduzione e nella manutenzione degli impianti termici degli edifici comunali interessati, compresi gli interventi migliorativi necessari, nonché nella fornitura di combustibili.

19 Il corrispettivo a favore dell'AGAC è stato fissato in 122 milioni di ITL per il periodo 1^o giugno 1997 - 31 maggio 1998. Su tale importo, il valore della fornitura dei combustibili rappresenta 86 milioni e il costo della conduzione e della manutenzione degli impianti 36 milioni.

20 Ai sensi dell'art. 2 della delibera, alla scadenza del periodo iniziale di un anno, l'AGAC s'impegna a proseguire nel servizio per un periodo di altri tre anni, su richiesta del comune di Viano, previo aggiornamento delle condizioni contenute nella delibera. Viene altresì prevista la possibilità di proroga successiva.

21 La Teckal è un'impresa privata che opera nel settore dei servizi di riscaldamento. Essa fornisce, principalmente a privati e ad enti pubblici, gasolio che essa acquista previamente da imprese produttrici. Inoltre, essa procede alla manutenzione degli impianti di riscaldamento a gasolio e di quelli a gas.

22 La Teckal ha proposto un ricorso contro la delibera dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna facendo valere che il comune di Viano avrebbe dovuto ricorrere alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla normativa comunitaria.

23 Il giudice a quo, che si chiede quale delle direttive 92/50 e 93/36 si applichi, considera che, in ogni caso, il limite di applicazione di 200 000 ECU, fissato dalle due direttive, è superato.

24 Data la natura mista del compito affidato all'AGAC, che consiste, da un lato, nella prestazione di diversi servizi e, dall'altro, nella fornitura di combustibili, il giudice a quo ha ritenuto di non poter escludere l'applicabilità dell'art. 6 della direttiva 92/50.

25 Di conseguenza, il Tribunale amministrativo regionale ha sospeso il giudizio e ha chiesto alla Corte l'interpretazione della direttiva 92/50 «sotto i profili indicati in motivazione».

SULLA RICEVIBILITÀ

26 L'AGAC ed il governo austriaco ritengono che la domanda di pronuncia pregiudiziale sia irricevibile. L'AGAC fa valere, in primo luogo, che il valore del contratto controverso nella causa a qua è inferiore alla soglia prevista dalle direttive 92/50 e 93/36. Infatti, da una parte, il prezzo del combustibile dovrebbe essere detratto dall'importo stimato dell'appalto in quanto l'AGAC, essendo a sua volta amministrazione aggiudicatrice, si approvvigiona di combustibili mediante procedure concorsuali pubbliche. D'altra parte, non si tratterebbe di un appalto di durata indeterminata.

27 In secondo luogo, l'AGAC ritiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale riguardi in realtà l'interpretazione del diritto nazionale. Il giudice a quo chiederebbe infatti alla Corte di interpretare talune disposizioni di diritto nazionale al fine di poter determinare se la deroga prevista all'art. 6 della direttiva 92/50 si applichi.

28 Il governo austriaco, dal canto suo, sostiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile in quanto essa non contiene alcuna questione pregiudiziale. Nell'ambito del diritto degli appalti pubblici una formulazione precisa delle questioni sarebbe particolarmente importante.

29 Innanzi tutto, per quanto riguarda l'accertare se il valore dell'appalto controverso nella causa a qua superi il limite previsto dalle direttive 92/50 e 93/36, occorre ricordare che, in forza dell'art. 177 del Trattato, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, questa può pronunciarsi unicamente sull'interpretazione o sulla validità di un testo comunitario, sulla base dei fatti indicati dal giudice nazionale (v., in particolare, sentenza 2 giugno 1994, causa C-30/93, AC-ATEL Electronics Vertriebs, Racc. pag. I-2305, punto 16).

30 In questo contesto, non spetta alla Corte, ma al giudice nazionale, accertare i fatti che hanno dato origine alla causa e trarne le conseguenze ai fini della sua pronuncia (citata sentenza AC-ATEL Electronic Vertriebs, punto 17).

31 Se è quindi vero che il metodo di calcolo dell'importo dell'appalto è definito nelle disposizioni comunitarie, e cioè negli artt. 7 della direttiva 92/50 e 5 della direttiva 93/36, sull'interpretazione delle quali il giudice nazionale può, se del caso, porre questioni pregiudiziali, spetta tuttavia a quest'ultimo, nella ripartizione dei compiti stabilita dall'art. 177 del Trattato, applicare le norme di diritto comunitario al caso concreto. Infatti una siffatta applicazione non può essere effettuata senza una valutazione dei fatti di causa nel loro complesso (v. sentenza 8 febbraio 1990, causa C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe, Racc. pag. I-285, punto 11).

32 Ne consegue che la Corte non può sostituire la sua valutazione quanto al calcolo del valore dell'appalto a quella del giudice a quo per concludere nel senso dell'irricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale.

33 Occorre poi ricordare che, nell'ambito dell'art. 177 del Trattato, la Corte non può pronunciarsi sull'interpretazione di disposizioni di legge o di regolamento nazionali né sulla conformità di tali disposizioni al diritto comunitario. Essa può tuttavia fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione attinenti al diritto comunitario che gli permetteranno di risolvere il problema giuridico che gli è stato sottoposto (sentenza 4 maggio 1993, causa C-17/92, Fedicine, Racc. pag. I-2239, punto 8).

34 Infine, secondo una giurisprudenza consolidata, spetta alla Corte, di fronte a questioni formulate in modo impreciso, trarre dal complesso dei dati forniti dal giudice nazionale e dal fascicolo della causa a qua i punti di diritto comunitario che vanno interpretati, tenuto conto dell'oggetto della lite (sentenze 13 dicembre 1984, causa 251/83, Haug-Adrion, Racc. pag. 4277, punto 9, e 26 settembre 1996, causa C-168/95, Arcaro, Racc. pag. I-4705, punto 21).

35 Alla luce delle indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio, si deve considerare che il giudice nazionale chiede in sostanza se le disposizioni del diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici siano applicabili qualora un ente locale affidi la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi ad un consorzio a cui esso partecipi, in circostanze come quelle di cui alla causa a qua.

36 Il rinvio pregiudiziale deve pertanto essere dichiarato ricevibile.

SUL MERITO

37 Risulta dall'ordinanza di rinvio che il comune di Viano ha affidato all'AGAC, con un unico atto, tanto la prestazione di taluni servizi quanto la fornitura di taluni prodotti. È altresì pacifico che il valore di tali prodotti è superiore a quello dei servizi.

38 Ora, discende, a contrario, dall'art. 2 della direttiva 92/50 che, se un appalto pubblico ha ad oggetto nel contempo prodotti ai sensi della direttiva 93/36 e servizi ai sensi della direttiva 92/50, esso rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36 qualora il valore dei prodotti previsti dal contratto sia superiore a quello dei servizi.

39 Per fornire una soluzione utile al giudice che le ha sottoposto una questione pregiudiziale, la Corte può essere indotta a prendere in considerazione norme di diritto comunitario alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nel formulare la questione (sentenze 20 marzo 1986, causa 35/85, Tissier, Racc. pag. 1207, punto 9, e 27 marzo 1990, causa C-315/88, Bagli Pennacchiotti, Racc. pag. I-1323, punto 10).

40 Ne consegue che, per fornire un'interpretazione del diritto comunitario utile al giudice nazionale, occorre interpretare le disposizioni della direttiva 93/36 e non l'art. 6 della direttiva 92/50.

41 Al fine di determinare se, per un ente locale, il fatto di affidare la fornitura di prodotti ad un consorzio al quale esso partecipi debba dar luogo a una procedura di gara prevista dalla direttiva 93/36, occorre esaminare se tale aggiudicazione costituisca un appalto pubblico di forniture.

42 In caso affermativo e se l'importo stimato dell'appalto, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore a 200 000 ECU, la direttiva 93/36 è applicabile. Non è determinante al riguardo il fatto che il fornitore sia o non sia un'amministrazione aggiudicatrice.

43 Infatti, si deve ricordare che le uniche deroghe consentite all'applicazione della direttiva 93/36 sono quelle in essa tassativamente ed espressamente menzionate (v., in ordine alla direttiva 77/62, sentenza 17 novembre 1993, causa C-71/92, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-5923, punto 10).

44 Ora, la direttiva 93/36 non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50, che escluda dal suo ambito di applicazione appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici.

45 Si deve peraltro osservare che tale constatazione non pregiudica l'obbligo di queste ultime amministrazioni aggiudicatrici di applicare a loro volta le procedure di gara previste dalla direttiva 93/36.

46 Il comune di Viano, in quanto ente locale, è un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36. Spetta pertanto al giudice nazionale verificare se il rapporto tra tatra tale amministrazione e l'AGAC soddisfi anche le altre condizioni previste dalla direttiva 93/36 per configurare un appalto pubblico di forniture.

47 Ciò avviene, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, se si tratta di un contratto concluso per iscritto a titolo oneroso avente per oggetto, in particolare, l'acquisto di prodotti.

48 È pacifico nella fattispecie che l'AGAC fornisce prodotti, ossia combustibili, al comune di Viano dietro pagamento di un corrispettivo.

49 Relativamente all'esistenza di un contratto, il giudice nazionale deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte.

50 A questo proposito, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

51 Occorre pertanto risolvere la questione pregiudiziale nel senso che la direttiva 93/36 è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno.

DECISIONE RELATIVA ALLE SPESE SULLE SPESE

52 Le spese sostenute dai governi italiano, belga, francese e austriaco, nonché dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE (QUINTA SEZIONE),

pronunciandosi sulla questione sottoposta dal Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna con ordinanza 10 marzo 1998, dichiara:

La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno.

COMMISSIONE EUROPEA, N. C(2002)2329 DEL 26/6/2002

Costituzione in mora del Governo italiano: l'art. 35 della legge 448/2001 viola gli obblighi che incombono all'Italia in virtù della direttiva 92/50 CE e della direttiva 93/38/CEE ed altresì in virtù degli artt. 43 ss. e 49 ss. Trattato CE.

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Bruxelles 26 giugno 2002

Signor Ministro,

la Commissione ha l'onore di richiamare l'attenzione del Suo governo sulla legislazione italiana in materia di gestione dei servizi pubblici locali disciplinata dagli articoli 113 e 113-bis del Decreto legislativo 267 del 18 agosto 2000, come modificato dall'articolo 35 della legge 448 del 28 dicembre 2001 ("legge finanziaria per il 2002"), nonché dallo stesso articolo 35 innanzi ricordato.

1. Con riferimento alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali in Italia, la Commissione, nell'ambito della presente procedura, ha inviato, in data 8 novembre 2000 (SG(2002)D/108243), una lettera di costituzione in mora al Governo italiano ai sensi dell'articolo 226 del Trattato CE. In tale lettera di costituzione in mora la Commissione ha considerato che la Repubblica italiana, adottando la disposizione di cui all'articolo 22 della legge 142 dell'8 giugno 1990, avesse violato gli obblighi che Le incombono in virtù della direttiva 92/50/CEE, della direttiva 93/38/CEE, ed altresì degli articoli 49 e seguenti del Trattato CE e dei principi di non discriminazione e trasparenza.

2. Successivamente all'invio della lettera di costituzione in mora summenzionata, l'articolo 22 della legge 142/90 è stato abrogato e sostituito, senza modificazioni, dall'articolo 113 del D.Lgs. 267/2000. Da ultimo, il già ricordato articolo 35 della legge 448/2001 ha sostanzialmente modificato il quadro normativo in oggetto.

3. Nel corso di una riunione tenutasi a Roma il 5 luglio 2001, le Autorità italiane hanno comunicato ai servizi della Commissione che il Parlamento ed il Governo recentemente insediati avrebbero intrapreso entro breve termine i lavori volti a riformare la legislazione controversa. Nell'attesa della riforma legislativa, le Autorità italiane si sono impegnate ad adottare una circolare interpretativa volta a fornire, per quanto possibile, una interpretazione della legislazione vigente conforme con il diritto comunitario.

Con lettera del 5 novembre 2001 dette Autorità hanno trasmesso ai servizi della Commissione copia della circolare 12727 del 19 ottobre 2001, del Ministro per le politiche comunitarie, relativa all' "affidamento a società miste della gestione di Servizi pubblici locali".

4. I servizi della Commissione hanno seguito attentamente i lavori che hanno portato il Parlamento italiano all'adozione dell'articolo 35 della legge 448/2001. Tali servizi hanno inviato una prima lettera di richiesta di informazioni alle Autorità italiane, in data 9 novembre 2001, avente specificamente ad oggetto l'articolo 23 del disegno di legge finanziaria presentato il 29 settembre 2001 dal Governo al Senato, rubricato "Scissione tra proprietà e gestione delle reti dei servizi pubblici locali".

Una seconda lettera di richiesta di informazioni dei servizi della Commissione è stata inviata il 23 novembre 2001, in relazione al testo approvato dal Senato nella seduta del 15 novembre 2001 (articolo 26 del disegno di legge in discorso, relativo a "Scissione tra proprietà, gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali").

5. I lavori della riforma legislativa in corso sono stati quindi discussi nell'ambito di una riunione fra le Autorità italiane ed i servizi della Commissione tenutasi a Roma il 17 dicembre 2001.

6. La Legge 448 del 28 dicembre 2001 ha solo parzialmente ripreso quanto previsto nell'articolo 23 (poi articolo 26) del disegno di legge sopra citato. La materia della gestione dei servizi pubblici locali è disciplinata dal già menzionato articolo 35 di tale legge, rubricato "Norme in materia di servizi pubblici locali".

7. Tale disposizione ha innanzitutto novellato completamente il testo dell'articolo 113 del D.Lgs. 257/2000 sopra citato, oggi relativo a: "Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale", ed ha inoltre introdotto nei D.Lgs. 267/2000 un nuovo articolo 113 bis: "Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale".

L'articolo 35 in discorso contiene, inoltre, una serie di altre disposizioni rilevanti nella materia, soprattutto per quanto concerne la disciplina del periodo transitorio che dovrebbe precedere la piena applicazione della nuova disciplina. Ai sensi del paragrafo 16 del medesimo articolo 35, inoltre, il Governo, entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge 448/2001, dovrà emanare un regolamento per l'esecuzione e l'attuazione delle disposizioni contenute nello stesso articolo 35.

8. Con lettera del 27 febbraio 2002 le Autorità italiane hanno inviato le loro osservazioni in risposta alle lettere dei servizi della Commissione del 9 novembre 2001 e del 23 novembre 2001, soffermandosi specificamente sulla problematica relativa agli affidamenti diretti di appalti o di concessioni di servizi in favore di società miste a capitale pubblico-privato alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle c.d. "relazioni in house".

Le Autorità italiane hanno altresì trasmesso ai servizi della Commissione copia di una circolare interpretativa del 18 gennaio 2002 del Ministro delle politiche comunitarie avente ad oggetto le "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavoro".

9. Con la presente lettera di costituzione in mora complementare la Commissione esprime le proprie considerazioni sulla disciplina attualmente in vigore in Italia in materia di gestione dei servizi pubblici locali a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 35 della legge 448/2001.

Tale normativa ha sostituito l'articolo 22 della legge 142/90 che era stato oggetto della costituzione in mora notificata al Governo italiano in data 8 novembre 2000.

10. La Commissione sottolinea, innanzitutto, che l'affidamento dei servizi pubblici locali contemplati dall'articolo 35 della legge 448/2001 può configurare secondo i casi di specie, un appalto pubblico di servizi ovvero una concessione di servizi.

11. La direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi definisce gli appalti di servizi come "i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice".

Gli appalti relativi a servizi menzionati nell'allegato IA della direttiva 92/50/CEE il cui importo supera la soglia indicata nell'articolo 7 della stessa direttiva, devono essere aggiudicati nel rispetto delle norme comuni di pubblicità e di partecipazione previste nei titoli da III a VI della direttiva.

12. La direttiva 93/38/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, si applica agli appalti pubblici di servizi conclusi dagli enti aggiudicatori che svolgono una delle attività menzionate all'articolo 2 della direttiva per scopi inerenti all'esercizio delle attività di cui trattasi.

Gli appalti relativi a servizi menzionati nell'allegato XVI A della direttiva 93/38/CEE, il cui importo supera la soglia indicata nell'articolo 14 della stessa direttiva, devono essere aggiudicati nel rispetto delle norme comuni di pubblicità e di partecipazione previste nei titoli da III a V della direttiva.

13. Per quanto concerne, infine, gli appalti che hanno ad oggetto servizi compresi nell'allegato 18 della direttiva 92/50/CEE ovvero nell'allegato XVI B della direttiva 93/38/CEE, così come gli appalti di servizi il cui importo sia inferiore alle soglie di applicazione di dette direttive, la Commissione sottolinea che la loro aggiudicazione deve comunque avvenire nel rispetto delle norme e dei principi di diritto comunitario primario contenuti nel Trattato CE e segnatamente degli articoli 43 e 49 in materia di libertà di stabilimento e di libera

prestazione dei servizi, nonché del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità sotteso a tali norme.

14. Come è stato sottolineato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. segnatamente la sentenza del 7 dicembre 2000, *Telaustria*, in causa C-324/98), il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità implica, in particolare, un obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice. Detto obbligo di trasparenza consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

15. Le concessioni di servizi non sono comprese, allo stato attuale del diritto comunitario, nel campo di applicazione delle direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE sopra menzionate. Tali contratti si differenziano dagli appalti di servizi essenzialmente in virtù del fatto che in un contratto di concessione la controprestazione dell'attività svolta consiste nell'ottenimento, da parte del concessionario, del diritto di svolgere tale attività, ovvero in detto diritto accompagnato da un prezzo. In tale prospettiva il rischio della gestione del servizio viene sopportato dal concessionario e non dall'amministrazione concedente.

16. Come chiarito dalla Commissione nella sua Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 27 aprile 2000, in GUCE C 121 del 29 aprile 2000, e come confermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 7 dicembre 2000, *Telaustria* cit., in mancanza di una normativa dettagliata di diritto comunitario secondario, l'affidamento delle concessioni di servizi deve comunque avvenire nel rispetto delle norme e dei principi contenuti nel Trattato CE. ed in particolare degli articoli 43 e 49 del Trattato summenzionati. Ciò implica che i già ricordati obblighi di trasparenza e di rispetto di una pubblicità adeguata nelle procedure di affidamento si impongono alle amministrazioni anche nell'aggiudicazione, da parte delle stesse, di contratti di concessione di servizi.

17. Da quanto sopra esposto consegue che il diritto comunitario impone alle amministrazioni che aggiudicano un contratto di appalto pubblico di servizi o di concessione di servizi, di rispettare comunque il principio della pubblicità e della messa in concorrenza di tali contratti.

Tale principio, imposto in termini generali dagli articoli 43 e 49 del Trattato, è stato esplicitato nelle regole specifiche di cui alle direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE per gli appalti di servizi che rientrano nel campo di applicazione di tali direttive.

18. In questa prospettiva l'affidamento diretto senza il ricorso ad alcuna forma di messa in concorrenza, di un appalto di servizi o di una concessione di servizi può essere consentito dall'ordinamento comunitario esclusivamente laddove, in situazioni specifiche, tale affidamento rientri in una delle ipotesi derogatorie previste dagli articoli 45 e 46 del Trattato (relativi alle attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri ed alle giustificazioni basate su motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica), ovvero, per quanto riguarda gli appalti compresi nel campo di applicazione delle direttive sopra ricordate, in una delle condizioni di cui all'articolo 6 ed all'articolo 11, paragrafo 3 della direttiva 92/50/CE o di cui all'articolo 11 ed all'articolo 20, paragrafo 2 della direttiva 93/38/CEE.

19. Ciò posto la Commissione constata che il quadro normativo introdotto dall'articolo 35 della legge 448/2001 continua a consentire numerose ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali oggetto di tale disposizione, senza il rispetto dei più volte richiamati principi di pubblicità e di messa in concorrenza e, laddove applicabili, delle norme di pubblicità e di partecipazione delle direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE.

20. Se da un lato, infatti, il testo del nuovo paragrafo 5 dell'articolo 113 del D.Lgs. 267/2000 prevede la regola generale dell'affidamento dell'erogazione dei servizi di rilevanza industriale attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, d'altro lato occorre sottolineare che tale principio non è stato introdotto dall'articolo 35 della legge 448/2001 per quanto concerne l'affidamento della gestione di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali in caso di separazione fra le due attività. In secondo luogo la legge in discorso fa salvi, per la durata del periodo transitorio da essa previsto, gli affidamenti diretti effettuati in passato in violazione del diritto comunitario. In terzo luogo l'articolo 35 in questione prevede un regime derogatorio al principio della concorrenza per il mercato nel settore del servizio idrico integrato. Infine gli affidamenti diretti, senza il

rispetto di alcuna forma di messa in concorrenza costituiscono, ai sensi del paragrafo 15 del menzionato articolo 35, la regola generale in materia di gestione dei servizi pubblici definiti "privi di rilevanza industriale".

21. La Commissione intende attirare in primo luogo l'attenzione del Governo italiano sulla norma di cui al paragrafo 4 dell'articolo 113 del D.Lgs. 267/2000 come modificato dall'articolo 35, paragrafo 1, della legge 448/2001. Detta posizione prevede che, laddove l'attività di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali destinati all'esercizio dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, gli enti locali possono fra l'altro avvalersi, per tale gestione: "di soggetti all'uopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati, cui può essere affidata direttamente tale attività".

22. Tale disposizione risulta in contrasto con il diritto comunitario nella misura in cui la stessa può consentire agli enti locali di affidare in maniera diretta un contratto di appalto o di concessione avente ad oggetto il servizio di gestione di beni che rientrino, a qualsiasi titolo, nella disponibilità giuridica delle stesse amministrazioni (ad esempio, perchè di proprietà degli enti locali ovvero perchè gli stessi sono titolari di un diritto d'uso sui beni in discorso).

23. In secondo luogo la Commissione si riferisce ai paragrafi 2 e 3 dell'articolo 35 della legge 448/2001. Il paragrafo 2 in questione prevede che, nei casi in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscono un congruo periodo di transizione al fine della piena attuazione delle regole di cui all'articolo 113 D.Lgs. 267/2000 novellato, il regolamento di attuazione sopra menzionato: "indica i termini, comunque non inferiori a tre anni e non superiori a cinque anni, di scadenza o di anticipata cessazione della concessione rilasciata con procedure diverse dall'evidenza pubblica". Ai sensi del successivo paragrafo 3, tuttavia, detti termini di scadenza possono essere incrementati, a determinate condizioni, per un periodo che sembra poter arrivare ad ulteriori cinque anni o più. Se ne desume che il periodo transitorio durante il quale vengono fatti salvi gli affidamenti diretti sopra menzionati potrebbe, in determinati casi, raggiungere un termine di oltre dieci anni. Sembra, inoltre, che la decorrenza di tale termine sia comunque legata alla adozione del regolamento di attuazione.

24. La Commissione sottolinea che nella maggior parte delle ipotesi, gli affidamenti di appalti o di concessioni di servizi rilasciati con procedura diversa dall'evidenza pubblica che beneficerebbero del periodo transitorio di cui trattasi, costituiscono già oggi degli affidamenti illegittimi dal punto di vista del diritto comunitario.

25. In questa prospettiva è quindi necessario che tale periodo transitorio sia contenuto entro i più brevi termini che consentano di tenere conto, al contempo delle aspettative legittime dei gestori uscenti e dell'esigenza di assicurare l'adeguamento al diritto comunitario nel periodo più breve possibile. Tale considerazione vale tanto più ove si consideri che l'articolo 35 della legge 448/2001 già prevede, al suo comma 7, un meccanismo di subentro che permette di indennizzare l'attuale affidatario degli effetti patrimoniali derivanti dal termine anticipato dell'affidamento, disponendo che, allo spirare del periodo transitorio il gestore subentrante dovrà versare al gestore uscente un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati.

26. Sotto un altro profilo la Commissione attira inoltre l'attenzione del Governo italiano sulle modalità di affidamento del servizio idrico integrato disciplinate dall'articolo 35, comma 5 della legge 448/2001. Detta disposizione prevede infatti che, in alternativa alla regola generale dell'affidamento dell'erogazione dei servizi pubblici locali mediante procedura ad evidenza pubblica prevista dall'articolo 113, comma 5 novellato, le amministrazioni competenti: "possono affidare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali che fanno parte dello stesso ambito territoriale ottimale per un periodo non superiore a quello massimo determinato ai sensi delle disposizioni di cui al comma 2 del presente articolo".

27. Con specifico riferimento all'affidamento del servizio idrico integrato la Commissione sottolinea altresì che i suoi servizi hanno ricevuto numerosi reclami relativi a casi di affidamenti diretti a società partecipate in tutto o in parte da enti locali facenti parte di uno stesso degli ambiti territoriali ottimali, previsti dalla legge 36 del 5 gennaio 1994. Tali affidamenti diretti si pongono in contrasto con le sopracitate norme e principi del

trattato CE nel caso di concessioni di servizi e, laddove applicabili, con le direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE ogni qualvolta gli stessi configurino un appalto pubblico di servizi.

28. A mero titolo di esempio la Commissione, in base ai reclami ricevuti ed alle informazioni di cui dispone, può citare i casi seguenti di affidamento diretto del servizio idrico integrato:

- delibera 1/99 della Conferenza dei sindaci dell'A.T.O. 2 Lazio Centrale Roma, pubblicata nel Bollettino Ufficiale della Regione Lazio del 19 febbraio 2000, che affida il servizio ad ACEA A.T.O. 2 S.p.a.;
- deliberazione del 20 febbraio 2001, dell'assemblea consortile dell'A.T.O. 3 Umbria, che affida il servizio all'azienda speciale ASM di Foligno e alla società ASE di Spoleto;
- delibera dell'assemblea consortile dell'A.T.O. 3 Toscana del Medio Valdarno, del 29 novembre 2001, che affida il servizio alla società Publiacqua S.p.a.;
- deliberazione del 20 dicembre 2001, dell'assemblea del consorzio A.T.O. "Polesine", che affida il servizio alla società Polesine Acque S.p.a.
- delibera del 21 dicembre 2001, dell'assemblea consortile dell'A.T.O. 2 Toscana del Basso Valdarno, che affida il servizio alla società Acque S.p.a.;
- affidamento diretto del servizio idrico integrato da parte delle autorità dell' A.T.O. 2 Marche di Ancona alla società Gorgovivo Mtiltiservizi S.p.a. nel corso del mese di marzo 2002;
- affidamento diretto del servizio idrico integrato da parte delle autorità dell' A.T.O. 9 Emilia Romagna di Rimini alla società Adria S.p.a nel corso del mese di marzo 2002.

29. I servizi della Commissione fanno infine riferimento all'articolo 35, comma 15 della legge 448/2001, che ha introdotto nel D.Lgs. 267/2000 un nuovo articolo 113-bis, rubricato "Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale". Tale articolo dispone che "Ferme restando le disposizioni previste per i singoli settori, i servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale sono gestiti mediante affidamento diretto a: a) istituzioni; b) aziende speciali, anche consortili; c) società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile". L'individuazione dei servizi rientranti nella disciplina di cui all'articolo 113-bis in discorso sembra essere demandata al già ricordato Regolamento di attuazione dell'articolo 35 della legge 448/2001.

30. Anche a proposito di tali servizi la Commissione sottolinea, analogamente a quanto già sopra esposto, che le previste forme di affidamento diretto si pongono in contrasto con il diritto comunitario ogni qual volta tali affidamenti costituiscono un appalto ovvero una concessione di servizi. In tale prospettiva la Commissione ricorda che rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario tutte le attività economiche di prestazione di beni o servizi ai sensi del Trattato CE. Più in particolare, l'articolo 50 del Trattato definisce come servizi "le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone". Ne consegue che la qualificazione di alcune categorie di servizi pubblici come "servizi privi di rilevanza industriale" non può avere l'effetto di sottrarre l'affidamento di tali attività alle regole in materia di diritto comunitario degli appalti e delle concessioni.

31. Nella loro lettera del 27 febbraio 2002 sopra citata, le Autorità italiane fanno riferimento alla giurisprudenza Teckal della Corte di giustizia (sentenza del 18 novembre 1999, in causa C 107/98) al fine di giustificare le ipotesi di affidamento diretto di servizi pubblici locali in favore di società a capitale interamente o parzialmente detenuto dagli enti locali.

32. Nella sentenza summenzionata la Corte di giustizia ha stabilito che le direttive comunitarie in materia di affidamento di appalti pubblici devono essere applicate ogni qual volta ci si trovi in presenza dell'incontro della volontà di due persone giuridicamente distinte. L'applicazione di dette direttive può essere esclusa limitatamente alle ipotesi eccezionali in cui "nel contempo l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano" (sentenza Teckal, cit. par. 50). In tale ipotesi, in effetti, l'affidamento in questione non rientra nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti,

dal momento che deve essere esclusa la stessa esistenza di un rapporto contrattuale rilevante ai termini di tali direttive.

33. La Commissione sottolinea che l'ipotesi eccezionale contemplata dalla sentenza Teckal non può valere ad escludere in maniera generale dal campo di applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni ogni affidamento di un servizio che venga effettuato da un ente locale in favore di una società a capitale maggioritariamente o totalmente pubblico.

34. Per quanto riguarda in particolare la nozione di "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" di cui alla giurisprudenza in discorso, la Commissione sottolinea che affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario.

35. Il controllo contemplato dalla sentenza Teckal fa infatti riferimento ad un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. Solo a tali condizioni si può ritenere che fra amministrazione ed aggiudicatario non sussista, agli effetti pratici, un rapporto di terzietà rilevante ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici.

Sulla base delle considerazioni che precedono e delle informazioni di cui dispone, la Commissione considera che la Repubblica Italiana, adottando le disposizioni di cui all'articolo 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 ed, in particolare, ai suoi commi 1 (nella parte relativa al nuovo paragrafo 4 dell'articolo 113 del Decreto legislativo 267/2000), 2, 3, 4, 5 e 15, ha violato gli obblighi che Le incombono in virtù della direttiva 92/50 CE e della direttiva 93/38/CEE ed altresì in virtù degli articoli 43 e seguenti e 49 e seguenti del Trattato CE.

La Commissione, conformemente a quanto previsto dall'articolo 226 del Trattato CE, invita la Repubblica Italiana a trasmetterle le sue osservazioni al riguardo entro il termine di due mesi dal ricevimento della presente.

La Commissione si riserva, dopo aver preso conoscenza delle osservazioni del Governo italiano o, nel caso in cui le osservazioni del Governo italiano non le fossero pervenute nel termine fissato, di emettere il parere motivato previsto dall'articolo 226 del Trattato CE.

D'altra parte la Commissione invita Le Autorità italiane ad adottare le misure necessarie al fine di evitare che l'interesse comunitario sia posto in pericolo nell'attesa che la Commissione abbia valutato le Loro osservazioni alla presente lettera.

Voglia gradire, Signor Ministro, i sensi della mia più alta considerazione.

COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA DELLA COMMISSIONE relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (2006/C 179/02)

INTRODUZIONE

La Comunità europea ha adottato di recente nuove direttive relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.⁷⁵ Esse prevedono regole dettagliate volte ad assicurare procedure di gara concorrenziali a livello della UE.

Tuttavia le direttive «appalti pubblici» non si applicano a tutti gli appalti pubblici. Esiste tuttora una vasta gamma di appalti che non sono coperti o sono coperti solo in parte da tali direttive, ad esempio

- gli appalti il cui importo è inferiore alle soglie di applicazione delle direttive «appalti pubblici»;⁷⁶
- gli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE, il cui importo supera le soglie per l'applicazione di tali direttive.

I predetti appalti rappresentano un'importante opportunità per le imprese del mercato interno, in particolare per le PMI e per le imprese «start-up». Inoltre, metodi di aggiudicazione aperti e concorrenziali aiutano le amministrazioni pubbliche ad attirare, per tali appalti, una gamma più ampia di potenziali offerenti e a beneficiare di offerte più vantaggiose. Assicurare un uso il più efficiente possibile del denaro pubblico è di particolare importanza dati i problemi di bilancio esistenti in molti Stati membri. Non si dovrebbe inoltre dimenticare che è dimostrato che procedure trasparenti di aggiudicazione degli appalti prevengono la corruzione e i favoritismi.

E tuttavia tali appalti sono tuttora aggiudicati, in molti casi, direttamente a fornitori locali senza alcuna concorrenza. La Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE) ha confermato nella sua giurisprudenza che le disposizioni del trattato CE relative al mercato interno si applicano altresì agli appalti che esulano dall'ambito di applicazione delle direttive «appalti pubblici». In varie occasioni, Stati membri e parti interessate hanno chiesto alla Commissione indicazioni sull'applicazione dei principi di base derivanti da tale giurisprudenza.

La presente comunicazione interpretativa ha per oggetto le due suddette categorie di appalti che non sono coperte o sono coperte solo in parte dalle direttive «appalti pubblici».⁷⁷ La Commissione fornisce chiarimenti sulla sua interpretazione della giurisprudenza della CGCE e suggerisce alcune buone pratiche per aiutare gli Stati membri a sfruttare appieno i vantaggi del mercato interno. La presente comunicazione non crea alcuna nuova disposizione legislativa. È opportuno rilevare che spetta comunque in ultima istanza alla CGCE interpretare il diritto comunitario.

1. QUADRO GIURIDICO

1.1. DISPOSIZIONI E PRINCIPI DEL TRATTATO CE

Al momento dell'aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione del trattato CE, le amministrazioni aggiudicatrici⁷⁸ degli Stati membri sono tenute a conformarsi **alle disposizioni e ai principi**

⁷⁵ Direttiva 2004/18/CE, GU L 134 del 30.4.2004, pag. 114 e direttiva 2004/17/CE, GU L 134 del 30.4.2004, pag. 1 (in appresso «le direttive appalti pubblici»).

⁷⁶ I valori delle soglie sono indicati all'articolo 7 della direttiva 2004/18/CE e all'articolo 16 della direttiva 2004/17/CE.

⁷⁷ Le concessioni costituiscono una terza categoria di contratti non disciplinati o parzialmente disciplinati dalle direttive. Vedasi l'articolo 17 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 18 della direttiva 2004/17/CE per le concessioni di servizi, gli articoli da 56 a 65 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 18 della direttiva 2004/17/CE per le concessioni di lavori. Questi contratti non sono tuttavia trattati nella presente comunicazione poiché saranno trattati nel follow-up del Libro verde sui partenariati pubblico-privati.

⁷⁸ Nella presente comunicazione, l'espressione «amministrazioni aggiudicatrici» comprende sia le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE, sia gli enti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2004/17/CE.

di tale trattato, riguardanti in particolare **la libera circolazione delle merci** (articolo 28 del trattato CE), **il diritto di stabilimento** (articolo 43), **la libera prestazione di servizi** (articolo 49), **la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco**.

1.2. NORME FONDAMENTALI CHE DISCIPLINANO L'AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI

La CGCE ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE. I principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della CGCE,⁷⁹ «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione».⁸⁰

Tali norme si applicano all'aggiudicazione di concessioni di servizi, agli appalti inferiori alle soglie⁸¹ e agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE quando si tratta di aspetti non disciplinati dalle predette direttive.⁸² La Corte ha esplicitamente dichiarato che **«sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato»**.⁸³

1.3. RILEVANZA PER IL MERCATO INTERNO

Le norme derivate dal trattato CE si applicano soltanto alle aggiudicazioni di appalti che hanno sufficiente rilevanza per il funzionamento del mercato interno. Sotto questo profilo, la CGCE ha considerato che in singoli casi *«a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato»*, **un'impresa con sede in un altro Stato membro non avrebbe interesse** all'aggiudicazione dell'appalto. In questo caso, *«gli effetti sulle libertà fondamentali ... dovrebbero essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti»* per giustificare l'applicazione di norme derivate dal diritto primario della Comunità.⁸⁴

Spetta alle singole amministrazioni aggiudicatrici decidere se l'aggiudicazione di un determinato appalto possa essere interessante per operatori economici situati in altri Stati membri. La Commissione ritiene che questa decisione deve essere basata su una **valutazione delle circostanze specifiche del caso**, quali l'oggetto dell'appalto, il suo importo stimato, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali, ecc.), nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto.

Se l'amministrazione aggiudicatrice giunge alla conclusione che l'appalto in questione presenta interesse per gli operatori economici di altri Stati membri, deve aggiudicarlo in conformità con le norme fondamentali derivanti dal diritto comunitario.

Quando la Commissione viene a conoscenza di potenziali violazioni delle norme fondamentali per l'aggiudicazione di appalti pubblici che non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive «appalti pubblici», **valuterà la rilevanza dell'appalto in questione per il mercato interno alla luce delle circostanze specifiche di ciascun caso**. Avvierà una procedura d'infrazione a norma dell'articolo 226 del trattato CE solo nei casi in cui lo riterrà **opportuno in considerazione della gravità delle infrazioni e delle loro ripercussioni sul mercato interno**.

⁷⁹ Cfr. in particolare la causa C-324/98 Telaustria [2000] Racc. I-10745, paragrafo 62, la causa C-231/03 Coname, sentenza del 21.7.2005, paragrafi da 16 a 19 e la causa C-458/03 Parking Brixen, sentenza del 13.10.2005, paragrafo 49.

⁸⁰ Causa Telaustria, paragrafo 62 e causa Parking Brixen, paragrafo 49 (grassetto nostro).

⁸¹ Causa C-59/00 Bent Moustén Vestergaard [2001] Racc. I-9505, paragrafo 20 e causa C-264/03 Commissione contro Francia, sentenza del 20.10.2005, paragrafi 32 e 33.

⁸² Causa C-234/03 Contse, sentenza del 27.10.2005, paragrafi da 47 a 49. Le direttive «appalti pubblici» contengono solo un insieme molto limitato di disposizioni relative a tali appalti, cfr. l'articolo 21 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 32 della direttiva 2004/17/CE, (5) Causa Bent Moustén Vestergaard, paragrafo 20 (corsivo nostro).

⁸³ Causa Bent Moustén Vestergaard, paragrafo 20.

⁸⁴ Causa Coname, paragrafo 20 (corsivo nostro).

2 NORME FONDAMENTALI PER L'AGGIUDICAZIONE DI APPALTI RILEVANTI PER IL MERCATO INTERNO

2.1 PUBBLICITÀ

2.1.1 OBBLIGO DI GARANTIRE UNA PUBBLICITÀ ADEGUATA

Secondo la CGCE,⁸⁵ i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione comportano un **obbligo di trasparenza** che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, **un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza**.

L'obbligo di trasparenza implica che un'impresa situata sul territorio di un altro Stato membro possa avere accesso ad informazioni adeguate relative all'appalto prima che esso sia aggiudicato, in modo tale che, se tale impresa lo desidera, sia in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere tale appalto.⁸⁶

La Commissione è del parere che la prassi consistente nel prendere contatto con un certo numero di potenziali offerenti non è sufficiente a tale riguardo, anche se l'amministrazione aggiudicatrice si rivolge ad imprese di altri Stati membri o si sforza di entrare in contatto con l'insieme dei potenziali fornitori. Un approccio selettivo di questa natura non può escludere qualunque discriminazione nei confronti dei potenziali offerenti di altri Stati membri, e in particolare dei nuovi arrivati sul mercato. Lo stesso dicasi di qualunque forma di pubblicità «passiva», ovvero quando un'amministrazione aggiudicatrice non garantisce una pubblicità attiva, ma risponde alle richieste di informazioni provenienti da candidati che hanno scoperto con i loro mezzi la prevista aggiudicazione di un appalto. Inoltre, un semplice riferimento ad articoli o servizi nei mezzi di comunicazione, a dibattiti parlamentari o politici o ad eventi come congressi quali fonti di informazione non può costituire una pubblicità adeguata.

Pertanto, il solo modo di rispettare i requisiti definiti dalla CGCE consiste nella pubblicazione di un avviso pubblicitario sufficientemente accessibile prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Tale avviso pubblicitario deve essere pubblicato dall'amministrazione aggiudicatrice nell'intento di aprire alla concorrenza l'aggiudicazione dell'appalto.

2.1.2 FORME DI PUBBLICITÀ

Spetta alle amministrazioni aggiudicatrici scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei loro appalti. La loro scelta deve essere guidata da una valutazione **dell'importanza dell'appalto per il mercato interno**, tenuto conto in particolare del suo oggetto, del suo importo nonché delle pratiche abituali nel settore interessato.

Quanto più interessante è l'appalto per i potenziali offerenti di altri Stati membri, tanto maggiore deve essere la copertura. In particolare, un'adeguata trasparenza per gli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE il cui importo superi le soglie di applicazione di tali direttive implica di solito la pubblicazione in un mezzo di comunicazione largamente diffuso.

Quali forme di pubblicità adeguate e frequentemente utilizzate, è opportuno citare:

— Internet

L'ampia disponibilità e la facilità di utilizzazione di Internet rendono gli avvisi pubblicitari di appalti pubblicati sui siti molto più accessibili, in particolare per le imprese di altri Stati membri e le PMI interessate ad appalti di importo limitato. Internet offre un'ampia gamma di possibilità per la pubblicità degli appalti pubblici:

Gli avvisi pubblicitari **sul sito Internet dell'amministrazione aggiudicatrice** sono flessibili ed efficaci sotto il profilo dei costi. Essi devono essere presentati in modo che i potenziali offerenti possano venire a conoscenza delle informazioni agevolmente. Le amministrazioni aggiudicatrici possono inoltre prevedere di pub-

⁸⁵ Causa Telaustria, paragrafo 62 e causa Parking Brixen, paragrafo 49.

⁸⁶ Causa Coname, paragrafo 21.

blicare tramite Internet informazioni su future aggiudicazioni di appalti non disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» nel quadro del loro **profilo di committente**.⁸⁷

I portali Internet creati specificamente per gli avvisi pubblicitari di appalti hanno una visibilità più elevata e possono offrire maggiori opzioni di ricerca. Sotto questo profilo, la creazione di una piattaforma specifica per gli appalti di valore limitato con una directory per i bandi di gara con sottoscrizione via e-mail rientra tra le migliori pratiche, in quanto sfrutta appieno le possibilità offerte da Internet per accrescere la trasparenza e l'efficienza.⁸⁸

— Le Gazzette ufficiali nazionali, i bollettini nazionali specializzati nella pubblicazione di annunci di appalti pubblici, i quotidiani a diffusione nazionale o regionale o le pubblicazioni specializzate.

— Mezzi di pubblicazione locali

Le amministrazioni aggiudicatrici possono continuare a ricorrere a mezzi di pubblicazione locali, quali i quotidiani locali, i bollettini d'informazione comunali o anche gli albi pretori. Questi mezzi garantiscono tuttavia solo una diffusione strettamente locale e in quanto tali possono risultare adeguati in casi particolari, ad esempio quando si tratta di appalti di importo minimo che presentano un interesse unicamente per il mercato locale.

— Gazzetta ufficiale dell'Unione europea//TED (Tenders Electronic Daily)

La pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale non è obbligatoria ma può costituire un'opzione interessante, in particolare quando si tratta di appalti d'importo elevato.

2.1.3 CONTENUTO DELLA PUBBLICITÀ

La CGCE ha dichiarato esplicitamente che l'obbligo di trasparenza non comporta necessariamente l'obbligo di presentare un invito formale a presentare offerte.⁸⁹ L'avviso pubblicitario può quindi limitarsi ad una succinta descrizione degli **elementi essenziali dell'appalto da aggiudicare e della procedura di aggiudicazione**, accompagnata da un invito a prendere contatto con l'amministrazione aggiudicatrice. Ulteriori informazioni possono eventualmente essere pubblicate su Internet o comunicate su richiesta dall'autorità aggiudicatrice.

Gli avvisi pubblicitari e qualsiasi eventuale documentazione supplementare devono contenere tutte le informazioni di cui un'impresa di un altro Stato membro **avrà ragionevolmente bisogno per decidere** se manifestare o no il suo interesse per l'appalto.

Come indicato al paragrafo 2.2.2. infra, l'amministrazione aggiudicatrice può adottare misure per limitare il numero di candidati invitati a presentare un'offerta. In questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice deve fornire informazioni adeguate sui meccanismi di selezione dei candidati che saranno inseriti nell'elenco ristretto.

2.1.4 PROCEDURE SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DI UN AVVISO PUBBLICITARIO

Le direttive «appalti pubblici» prevedono deroghe specifiche che autorizzano, a talune condizioni, procedure senza previa pubblicazione di un avviso pubblicitario.⁹⁰ I casi più importanti riguardano le situazioni di **estrema urgenza**, risultanti da eventi imprevedibili, e gli appalti **la cui esecuzione**, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, **può essere affidata unicamente ad un determinato operatore economico**.

La Commissione ritiene che le deroghe pertinenti possano essere applicate agli appalti non disciplinati dalle direttive. Le amministrazioni aggiudicatrici possono pertanto aggiudicare tali appalti senza previa pubblica-

⁸⁷ Vedi l'allegato VIII della direttiva 2004/18/CE e l'allegato XX della direttiva 2004/17/CE.

⁸⁸ Cfr. ad esempio il portale delle opportunità per gli appalti di valore limitato creato di recente nel Regno Unito, www.supply2.gov.uk

⁸⁹ Causa Coname, paragrafo 21.

⁹⁰ Articolo 31 della direttiva 2004/18/CE e articolo 40, paragrafo 3, della direttiva 2004/17/CE.

zione di un avviso pubblicitario, a condizione di rispettare le condizioni enunciate nelle direttive per una di tali deroghe.⁹¹

2.2 AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO

2.2.1 PRINCIPI

Nella sentenza *Telaustria*, la CGCE ha dichiarato che l'obbligo di trasparenza consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza, nonché il controllo **sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione**. In pratica, la garanzia di una procedura equa e imparziale costituisce il corollario necessario dell'obbligo di garantire una pubblicità trasparente.

Deriva da quanto precede che un appalto deve essere aggiudicato nel rispetto **delle disposizioni e dei principi del trattato CE**, al fine di garantire condizioni di concorrenza eque all'insieme degli operatori economici interessati da tale appalto.⁹² In pratica, tale obiettivo può essere raggiunto nel miglior modo tramite:

— Una descrizione non discriminatoria dell'oggetto dell'appalto

La descrizione delle caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio non deve fare riferimento a una fabbricazione o a una provenienza determinata, né a procedimenti particolari, né deve riferirsi a un marchio commerciale, a un brevetto, a un'origine o a una produzione determinati, a meno che una preferenza di tale natura sia giustificata dall'oggetto dell'appalto e sia accompagnata dalla menzione «o equivalente».⁹³ In ogni caso è preferibile utilizzare descrizioni più generali per quanto riguarda l'esecuzione o le funzioni.

— L'uguaglianza di accesso per gli operatori economici di tutti gli Stati membri

Le amministrazioni aggiudicatrici non devono prevedere **alcuna condizione che comporti una discriminazione diretta o indiretta** nei confronti dei potenziali offerenti di altri Stati membri, come l'obbligo, per un'impresa interessata all'appalto, di essere stabilita sul territorio dello stesso Stato membro o della stessa regione dell'amministrazione aggiudicatrice.⁹⁴

— Il reciproco riconoscimento dei diplomi, dei certificati e degli altri attestati di qualifiche formali

Se i candidati o gli offerenti sono tenuti a presentare certificati, diplomi o altri tipi di attestati scritti, i documenti provenienti da altri Stati membri che offrono un livello equivalente di garanzia devono essere accettati conformemente al principio del reciproco riconoscimento di diplomi, certificati e altri attestati di qualifiche formali.

— Termini adeguati

I termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di altri Stati membri di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta.

— Un approccio trasparente e oggettivo

Tutti i partecipanti devono poter conoscere in anticipo le regole applicabili ed avere la certezza che tali regole saranno applicate nello stesso modo a tutti gli operatori.

⁹¹ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa C-525/03 Commissione contro Italia, paragrafi da 46 a 48.

⁹² Cfr. causa C-470/99 *Universale-Bau AG* [2002] Racc. I-11617, paragrafo 93.

⁹³ Cfr. la causa *Bent Moustén Vestergaard*, paragrafi da 21 a 24, e la comunicazione interpretativa della Commissione – Agevolare l'accesso di prodotti al mercato di un altro Stato membro, GU C 265 del 4.11.2003, pag. 2. Gli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE devono essere conformi alle disposizioni relative alle specifiche tecniche, così come enunciate all'articolo 23 della direttiva 2004/18/CE e all'articolo 34 della direttiva 2004/17/CE, se il loro importo supera la soglia di applicazione di tali direttive. Le specifiche tecniche di questi appalti devono essere definite prima della selezione di un contraente e devono essere portate a conoscenza o messe a disposizione dei potenziali offerenti mediante strumenti che garantiscano la trasparenza e pongano tutti i potenziali offerenti su un piede di parità; cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa C-174/03 *Impresa Portuale di Cagliari*, paragrafi da 76 a 78.

⁹⁴ L'aggiudicatario potrà tuttavia essere invitato a porre in essere talune infrastrutture commerciali sul luogo di esecuzione, se le circostanze particolari dell'appalto lo giustificano.

2.2.2 LIMITAZIONE DEL NUMERO DI CANDIDATI INVITATI A PRESENTARE UN'OFFERTA

Le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di limitare il numero di candidati a un livello adeguato, a condizione di farlo **in modo trasparente e non discriminatorio**. Possono ad esempio applicare **criteri oggettivi**, come l'esperienza dei candidati nel settore in questione, le dimensioni e l'infrastruttura delle loro attività, la loro capacità tecnica e professionale o altri fattori. Possono anche optare per una **estrazione a sorte**, sia come unico meccanismo di selezione, sia in combinazione con altri criteri. In ogni caso, **il numero dei candidati iscritti sull'elenco ristretto** deve rispondere alla necessità di garantire una sufficiente concorrenza.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono inoltre prevedere di applicare **sistemi di qualificazione**, vale a dire la redazione di un **elenco di operatori qualificati** mediante una procedura trasparente e aperta oggetto di adeguata pubblicità. Successivamente, quando si tratterà di aggiudicare i singoli appalti che rientrano nel campo di applicazione del sistema, l'amministrazione aggiudicatrice potrà selezionare dall'elenco degli operatori qualificati, su una base non discriminatoria, gli operatori che saranno invitati a presentare un'offerta (ad esempio estraendo a rotazione dall'elenco).

2.2.3 DECISIONE DI AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO

È importante che la decisione definitiva di aggiudicazione dell'appalto sia conforme alle regole procedurali fissate all'inizio e che i **principi di non discriminazione e di uguaglianza di trattamento siano pienamente rispettati**. Questo aspetto è particolarmente importante nel caso delle procedure che prevedono una negoziazione con gli offerenti inseriti in un elenco ristretto. Le negoziazioni devono essere organizzate in modo tale che tutti gli offerenti abbiano accesso allo stesso volume di informazioni e in modo da escludere vantaggi ingiustificati per uno specifico offerente.

2.3 TUTELA GIURISDIZIONALE

2.3.1 PRINCIPI

Nella sentenza *Telaustria*, la CGCE ha sottolineato l'importanza che riveste **la possibilità di un controllo dell'imparzialità della procedura**. Senza un meccanismo di controllo adeguato, il rispetto delle norme fondamentali di un'aggiudicazione equa e trasparente degli appalti non può essere effettivamente garantito.

2.3.2 DIRETTIVE SULLE PROCEDURE DI RICORSO

Le direttive sulle procedure di ricorso⁹⁵ coprono unicamente gli appalti che rientrano nel campo di applicazione delle direttive «appalti pubblici».⁹⁶ Ciò significa che nell'attuale contesto esse sono applicabili unicamente agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE il cui importo supera le soglie di applicazione di tali direttive. Per questi appalti le procedure di ricorso devono essere conformi alle direttive sulle procedure di ricorso e alla giurisprudenza rilevante. Tali principi restano invariati nella proposta di nuova direttiva sulle procedure di ricorso di recente adozione.⁹⁷

2.3.3 NORME FONDAMENTALI DERIVANTI DAL DIRITTO PRIMARIO DELLA COMUNITÀ

Nel caso degli appalti il cui importo è inferiore alle soglie di applicazione delle direttive «appalti pubblici», è opportuno tenere conto del fatto che, in virtù della giurisprudenza della CGCE,⁹⁸ le persone hanno diritto ad

⁹⁵ Direttiva 89/665/CEE, GU L 395 del 30.12.1989, pag. 33 e direttiva 92/13/CEE, GU L 76, del 23.3.1992, pag. 14.

⁹⁶ Cfr. articolo 72 della direttiva 2004/17/CE e articolo 81 della direttiva 2004/18/CE.

⁹⁷ Proposta della Commissione per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso riguardanti l'aggiudicazione di appalti pubblici, COM (2006) 195 def.

⁹⁸ Cfr. causa C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores* [2002] Racc. I-6677, paragrafo 39 e causa 222/86 *Heylens* [1987] Racc. 4097, paragrafo 14.

una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti di cui sono titolari in base all'ordinamento giuridico comunitario. Il diritto a questa tutela costituisce uno dei principi generali del diritto risultante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. In mancanza di disposizioni pertinenti del diritto comunitario, spetta agli Stati membri creare le norme e le procedure necessarie a garantire una tutela giurisdizionale effettiva.

Affinché sia rispettata l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva, occorre che almeno le decisioni che possono avere un effetto negativo sulla situazione di una persona che ha o ha avuto interesse ad ottenere un appalto, come la decisione di eliminare un candidato o un offerente, siano oggetto di un controllo destinato a stabilire eventuali violazioni delle norme fondamentali derivanti dal diritto primario della Comunità. Per rendere possibile l'effettivo esercizio di questo diritto a un controllo, le amministrazioni aggiudicatrici hanno l'obbligo di far conoscere i motivi delle decisioni suscettibili di appello, o nell'ambito della stessa decisione, o su richiesta, dopo la comunicazione della decisione.⁹⁹

Conformemente alla giurisprudenza relativa alla tutela giurisdizionale, i mezzi di ricorso disponibili non devono essere meno efficaci di quelli applicabili in azioni analoghe basate sul diritto interno (principio di equivalenza) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'ottenimento della tutela giurisdizionale (principio di effettività).¹⁰⁰

⁹⁹ Cfr. causa Heylens, paragrafo 15.

¹⁰⁰ Cfr. in proposito le cause C-46/93 e C-48/93 Brasserie du Pêcheur [1996] Racc. I-1029, paragrafo 83 e la causa C- 327/00 Santex [2003] Racc. I-1877, paragrafo 55.

Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2006/2043(INI))

Il Parlamento europeo,

- visto il Libro verde della Commissione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (COM(2004)0327),
 - visti il trattato che istituisce la Comunità europea, segnatamente l'articolo 5, paragrafo 2, sul principio di sussidiarietà, e gli articoli da 43 a 49 sul diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi da essi derivati della trasparenza, della parità di trattamento, della proporzionalità e del reciproco riconoscimento,
 - viste le direttive attualmente in vigore in materia di appalti pubblici,
 - vista la Carta europea dell'autonomia locale, approvata dal Consiglio d'Europa il 15 ottobre 1985,
 - visto l'articolo I-5 del trattato che adotta una Costituzione per l'Europa,
 - visto l'articolo 45 del suo regolamento,
 - visti la relazione della commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori e i pareri della commissione per i problemi economici e monetari, della commissione per i trasporti e il turismo e della commissione per lo sviluppo regionale (A6-0363/2006),
- A. considerando che nell'ultimo decennio in non pochi Stati membri sono stati creati numerosi partenariati pubblico-privati (PPP),
- B. considerando che mancano tuttora sia una definizione applicabile a livello europeo, sia disposizioni specifiche del diritto comunitario in vigore, che coprano tutte le varie forme di PPP,
- C. considerando che i PPP possono essere descritti come una forma di cooperazione a lungo termine disciplinata contrattualmente tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse richieste sono poste in gestione congiunta e i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto,
- D. considerando che sovente i PPP costituiscono strutture complesse da un punto di vista giuridico, finanziario e commerciale, in cui operano imprese private ed enti pubblici al fine di realizzare e gestire assieme progetti infrastrutturali o fornire servizi pubblici,
- E. considerando che sono per lo più le autorità locali e comunali a varare progetti di PPP; che tuttavia si avverte anche la necessità di tali progetti a livello europeo, non da ultimo per realizzare le reti di trasporto trans-europee,
- F. considerando che i PPP non costituiscono un primo passo verso la privatizzazione di compiti pubblici,
- G. considerando che la finalità dei contratti PPP è quella di far beneficiare gli enti pubblici delle capacità di concezione, costruzione e gestione delle imprese private come pure, se necessario, delle loro capacità finanziarie,
- H. considerando che la cooperazione tra le autorità pubbliche e l'industria può creare sinergie e avere effetti positivi in termini di interesse pubblico, consentire una gestione più efficace degli stanziamenti pubblici nonché, in periodi di scarsità di mezzi pubblici, fungere da alternativa alle privatizzazioni e contribuire alla modernizzazione amministrativa grazie all'applicazione di conoscenze e procedure dell'economia privata,
- I. considerando che i PPP sono sostanzialmente subordinati al campo di applicazione delle disposizioni del trattato in materia di mercato interno, segnatamente ai principi della trasparenza, della parità di trattamento,

della proporzionalità e del reciproco riconoscimento, nonché alle disposizioni di diritto comunitario secondario in materia di appalti pubblici,

J. considerando la necessità di garantire agli investitori privati che le condizioni contrattuali non subiranno cambiamenti durante il periodo di validità,

K. considerando che qualsiasi regime giuridico per i PPP deve rispettare il diritto delle autonomie comunali e regionali, ove tale diritto sia sancito dalla legislazione nazionale degli Stati membri,

L. considerando che i PPP costituiscono un modo possibile per organizzare il compimento dei compiti del settore pubblico e che quest'ultimo anche in futuro deve conservare la facoltà di decidere se eseguire una funzione direttamente oppure tramite una propria impresa o con terzi del settore privato,

M. considerando la necessità di sensibilizzare maggiormente i cittadini all'impatto dei PPP,

Osservazioni generali

1. accoglie con favore il fatto che la Commissione abbia presentato il summenzionato Libro verde sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, una relazione sulla consultazione pubblica sul Libro verde e una comunicazione su eventuali misure successive nel settore dei partenariati pubblico-privati (COM(2005)0569);

2. ritiene prematura una valutazione degli effetti delle direttive sugli appalti pubblici e pertanto si dichiara contrario alla creazione di un regime giuridico specifico per i PPP, ma ritiene necessaria un'iniziativa legislativa nel settore delle concessioni che rispetti i principi del mercato interno e i valori soglia e preveda regole semplici per le procedure di appalto nonché un chiarimento nell'ambito dei partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI),

3. invita la Commissione a tener seriamente conto, nel disciplinare i futuri PPP e nel valutare l'impatto delle norme sulle concessioni, degli interessi delle amministrazioni autonome regionali avendo cura di coinvolgere rappresentanti degli interessi regionali e comunali nella predisposizione di future norme;

4. auspica termini transitori per i contratti in corso conclusi in buona fede a norma della legislazione nazionale, onde evitare incertezza giuridica;

5. respinge qualsiasi elusione della normativa in materia di appalti pubblici e di concessioni;

6. ritiene fundamentalmente necessaria l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici nel momento in cui bisogna scegliere un partner privato;

7. ritiene che la prestazione esterna di un servizio di interesse pubblico generale comporti per l'autorità aggiudicatrice la necessità di assegnare il contratto sulla base delle procedure di appalto pubblico;

8. ritiene che riconferire ai comuni compiti assolti in maniera soddisfacente facendo appello al settore privato non costituisca un'alternativa sensata a PPP consoni con i principi della concorrenza;

9. reputa che i comuni e le loro filiali dovrebbero poter derogare ai principi della concorrenza solo qualora stiano assolvendo compiti meramente locali senza alcun rapporto con il mercato interno;

10. sottolinea l'importanza della trasparenza, il cui rispetto dovrebbe essere ovvio nella gestione dei fondi pubblici, e che implica il diritto dei rappresentanti eletti di prendere visione del contratto e degli atti;

11. raccomanda agli Stati membri di predisporre meccanismi trasparenti a tutela degli interessi giuridici e finanziari degli investitori per l'intero periodo di validità del contratto;

12. ritiene che regole trasparenti in materia di aggiudicazione siano utili per promuovere, nell'interesse dei cittadini, una concorrenza effettiva e la prevenzione della corruzione;

13. sottolinea che l'espressione "conflitto di interessi" dovrebbe essere definita a livello UE, per permettere di conseguire una ripartizione del rischio equa e obiettiva;

14. raccomanda che l'attuazione dei PPP sia subordinata all'obbligo tassativo di rendiconto nei confronti dei cittadini, al fine di garantire sicurezza, efficienza e standard qualitativi;

15. raccomanda che gli Stati membri facilitino il lavoro del settore pubblico, migliorando la formazione dei responsabili decisionali con il compito di selezionare partner privati per i PPP;
16. si attende che gli Stati membri adottino misure per affrontare tempestivamente e con sensibilità gli effetti sui dipendenti comunali e che siano promossi e rispettati accordi equi in materia di trasferimento dei dipendenti (sia del settore pubblico che di quello privato) e delle loro condizioni di impiego, in linea con la direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti;¹⁰¹
17. si attende che le autorità pubbliche degli Stati membri rispettino le disposizioni della direttiva 2001/23/CE;
18. si oppone alla creazione di un'agenzia europea per i PPP, ma auspica altre forme di scambio di esperienze sulle prassi migliori e peggiori, come la creazione di reti tra le autorità nazionali e regionali competenti per la gestione dei PPP;
19. incoraggia la Commissione e la Banca europea per gli investimenti a mettere in comune le loro conoscenze e a diffonderle, specialmente negli Stati membri in cui autorità pubbliche non hanno dimestichezza con i PPP;
20. sottolinea che l'esperienza acquisita con i PPP contribuisce a evitare il ripetersi di errori e il ricorso a metodologie inefficaci;
21. è contrario all'emanazione di norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di valore inferiore alle soglie previste a livello dell'UE; sottolinea che incombe agli Stati membri la responsabilità di attuare in modo efficace i principi, sanciti nel trattato, della trasparenza, della non discriminazione e della libertà di fornire servizi nell'ambito degli appalti pubblici di valore inferiore alle soglie previste e conferma la sua posizione secondo cui l'elaborazione di norme in materia di appalti pubblici a livello dell'UE è una prerogativa del Consiglio e del Parlamento;
22. chiede alla Commissione di adoperarsi, tramite il controllo sugli aiuti di Stato a livello comunitario, affinché la concessione di sovvenzioni non comporti discriminazioni tra gli operatori, siano essi pubblici, privati o misti; PPP qualificabili come appalti pubblici;
23. condivide la posizione della Commissione secondo cui nell'assegnazione di appalti pubblici di lavori o di servizi la selezione e l'incarico del partner privato devono essere effettuati fondamentalmente nel rispetto delle direttive sugli appalti pubblici soltanto quando selezione e aggiudicazione coincidono;
24. ritiene che le amministrazioni aggiudicatrici debbano scegliere tra la procedura aperta e la procedura ristretta;
25. ritiene che a fini di trasparenza la procedura negoziata vada limitata ai casi eccezionali previsti dalle pertinenti disposizioni delle direttive in materia di appalti;
26. auspica che a fini di flessibilità la procedura di aggiudicazione avvenga tramite un dialogo competitivo, qualora si tratti di un appalto con "complessità giuridica e finanziaria", e invita la Commissione a precisare la condizione di "complessità giuridica e finanziaria" nel senso che resti il maggior margine possibile di manovra negoziale; ritiene che si possa presumere la "complessità giuridica e finanziaria" in presenza di caratteristiche tipiche dei PPP quali il concetto di ciclo di vita e di trasferimento a lungo termine del rischio a operatori privati; ritiene che nel contesto di una procedura di dialogo competitivo vada eliminato il rischio della divulgazione di informazioni riservate al di fuori della procedura; PPP qualificabili come concessioni;
27. constata che la Commissione intende procedere a un intervento legislativo dopo aver eseguito una dettagliata valutazione d'impatto; ritiene che se la Commissione propone tale normativa, essa deve permettere alle autorità pubbliche, mediante procedure flessibili, trasparenti e non discriminatorie, di selezionare il partner migliore in base a criteri predefiniti;

¹⁰¹ GU L 82 del 22.3.2001, pag. 16.

28. si attende da un eventuale testo legislativo una definizione chiara delle concessioni in quanto distinte dagli appalti pubblici, nonché la fissazione di criteri di selezione obiettivamente verificabili;
29. ritiene che le concessioni debbano avere una durata limitata, che dipende tuttavia dalla durata di ammortamento dell'investimento privato, affinché i candidati non siano esclusi troppo a lungo dalla concorrenza; ritiene che la durata delle relazioni di partenariato debba essere definita in maniera tale che la libera concorrenza sia in linea di massima limitata solo se necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti, una remunerazione appropriata del capitale investito e il rifinanziamento di futuri investimenti;
30. ritiene che il principio della trasparenza imponga di pubblicare nel fascicolo di gara gli elementi alla base della fissazione della durata dell'appalto, affinché gli offerenti ne possano tener conto nell'elaborazione dell'offerta;
31. sostiene che un approccio unitario (schema del ciclo di vita) e una concorrenza fra gli offerenti in termini di innovazione migliora l'efficienza se, nella realizzazione comune dei progetti, i rischi sono ripartiti in maniera ottimale e se sono previsti capitolati funzionali delle prestazioni e meccanismi di pagamento altamente incentivanti;
32. chiede alla Commissione di trarre le conclusioni dall'esperienza acquisita con il dialogo competitivo, allo scopo di formulare raccomandazioni riguardo a una procedura di aggiudicazione adatta per le concessioni, dal momento che la flessibilità dei dialoghi competitivi risponde generalmente alla complessità delle concessioni, senza mettere in causa il rispetto dei principi della trasparenza, della parità di trattamento e della proporzionalità;
33. appoggia la Commissione nel voler verificare se occorra istituire regole unitarie per l'aggiudicazione di tutti i PPP su base contrattuale, a prescindere dal fatto che il PPP sia un appalto pubblico o una concessione; PPP istituzionalizzati e attività interne;
34. plaude all'impegno della Commissione di intervenire nel campo dei PPPI data la palese incertezza giuridica esistente;
35. prende atto della richiesta degli operatori di precisare l'applicazione della legislazione in materia di appalti alla costituzione di imprese miste nel contesto dell'aggiudicazione di un appalto o di una concessione e invita la Commissione a fornire quanto prima i chiarimenti richiesti;
36. ritiene che non vadano ulteriormente estese le "attività interne" senza indizione di gara poiché in tal modo si dispensano taluni comparti dal rispetto delle norme del mercato interno e della concorrenza;
37. ritiene necessario, in considerazione dell'obbligo di trasparenza e del divieto di discriminazione, che la legislazione sugli appalti pubblici si applichi alla creazione di un PPPI e in caso di attribuzione parziale a un partner privato nel quadro di un PPPI, qualora queste operazioni presentino un rapporto reale e temporale con l'attribuzione di un appalto pubblico;
38. è consapevole, in considerazione di una giurisprudenza sempre più ampia in materia, dell'incertezza giuridica creatasi nell'applicazione dei criteri delle attività interne; pertanto invita la Commissione a definire, sulla base della giurisprudenza vigente della Corte di giustizia, criteri che stabiliscano un quadro di riferimento stabile per le scelte degli enti locali e a esaminare la possibilità di incorporare detti criteri nella legislazione comunitaria;
39. ritiene che un valore di soglia, comunque definito, per la partecipazione minima di un committente pubblico a una società il cui capitale è detenuto in comune con partner privati si tradurrebbe nella protezione permanente di talune partecipazioni e che ogni limite posto per la discussione risulta pertanto problematico;
40. ritiene che, se il primo bando di gara per la costituzione di un'impresa mista è risultato preciso e completo, non è necessario un ulteriore bando di gara;
41. chiede che venga definita con maggiore precisione la nozione di "controllo analogo" esercitato dall'autorità pubblica aggiudicatrice sul prestatore, segnatamente per quanto riguarda il caso in cui società di

economia mista eseguono prestazioni, per conto e nel contesto di compiti dell'autorità pubblica organizzatrice, che sono principalmente finanziate o garantite da quest'ultima;

Cooperazione tra enti locali

42. si dichiara sostanzialmente favorevole, nell'interesse dell'autonomia organizzativa locale e di un'amministrazione efficiente, a forme di cooperazione a livello di enti locali, anche per conseguire altre sinergie, purché ciò non comporti violazioni capaci di condurre a una chiusura del mercato;

43. reputa necessario che la Commissione chiarisca l'incertezza giuridica in materia di cooperazione tra enti locali, emersa a seguito della giurisprudenza della Corte di giustizia;

44. condivide la posizione della Corte di giustizia nella sentenza relativa alla causa C-84/03 (Commissione contro Spagna)¹⁰² secondo cui gli accordi di cooperazione tra enti locali non possono essere esclusi genericamente dalla normativa in materia di appalti mediante il ricorso a una forma giuridica del diritto nazionale; ritiene necessaria una delimitazione tra misure prettamente amministrative e/o organizzative e contratti di forniture tra organi amministrativi;

45. ritiene che i casi di cooperazione tra enti locali debbano essere considerati irrilevanti in relazione al diritto sugli appalti pubblici quando:

- si tratta di una cooperazione fra enti locali,
- i compiti, la cui realizzazione è stata affidata agli enti locali, devono essere considerati alla stregua di operazioni di ristrutturazione tecnica oppure nel caso in cui i diritti di sorveglianza detenuti dagli enti locali interessati sono identici a quelli che esercitano sui propri servizi,
- le attività sono esercitate principalmente per conto degli enti locali interessati;

46. respinge l'applicazione della legislazione in materia di appalti nei casi in cui gli enti locali intendono svolgere compiti nel loro territorio assieme ad altri enti locali nell'ambito di una riorganizzazione amministrativa, senza offrire a terzi operanti sul mercato la fornitura dei servizi in questione;

47. rileva che la delega di competenze per compiti pubblici da parte di un ente locale a un altro ente non rientra nel campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti;

48. ritiene tuttavia necessaria l'applicazione della normativa sugli appalti quando gli enti locali offrono prestazioni sul mercato alla stregua di un'impresa privata nel contesto della cooperazione tra enti locali o fanno eseguire compiti pubblici da imprese private o da altri enti locali;

49. incarica il suo Presidente di trasmettere la presente risoluzione al Consiglio e alla Commissione nonché al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni.

¹⁰² [2005] Racc. CGE I-139.

Capitolo 4

Autorità garante concorrenza e mercato

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

**Oggetto: Segnalazione AS361 del 27 settembre 2006
in materia di organizzazione del servizio di raccolta differenziata
nel territorio provinciale.**

In data 13 aprile 2006, è pervenuta all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato una denuncia, ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287 relativa alla presunta violazione della normativa a tutela della concorrenza determinata dall'adozione da parte della Provincia di Roma (di seguito, "Provincia") di due delibere (n. 188/9 dell'8 marzo 2006 e n. 210/10 del 15 marzo 2006), le quali indurrebbero i Comuni compresi nella medesima Provincia a privilegiare l'affidamento dei servizi di raccolta differenziata dei rifiuti a società a capitale interamente pubblico. Nell'ambito degli accertamenti effettuati, l'Autorità ha effettivamente riscontrato alcune distorsioni derivanti dai citati provvedimenti, che intende evidenziare nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'articolo 21 della legge n. 287/1990.

Preso atto della pendenza di un ricorso dinanzi al TAR Lazio in merito alla questione in discorso, l'Autorità coglie qui in primo luogo l'occasione per richiamare codesta Amministrazione alla necessità di valutare attentamente le modalità concrete di esercizio della discrezionalità amministrativa nelle attività di propria competenza, rispetto alla dovuta tutela e promozione della concorrenza. A tale proposito, si ricorda come, da ultimo, anche l'articolo 202 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 Testo Unico in materia ambientale, espressamente stabilisca che le competenti autorità di ambito aggiudicano il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Si definisce chiaramente con ciò la necessità di confronto tra operatori - indipendentemente dalla natura giuridica dei medesimi e, soprattutto, dalla rispettiva titolarità del capitale sociale - improntato ai principi concorrenza, così come anche dalla stessa Autorità più volte ribaditi (si veda, da ultimo, la segnalazione AS311 del 6 settembre 2005, Modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali, pubblicata in Bollettino n. 35/2005).

Per altro verso, va ricordato come gli enti pubblici possano ben essere considerati imprese e, di conseguenza, sottoposti tra l'altro all'applicazione delle disposizioni relative al divieto di abuso di posizione dominante ai sensi della normativa nazionale e comunitaria. Tale avvertenza tiene conto, in particolare, della possibile contrarietà rispetto agli artt. 86, n. 1, e 82 del Trattato CE (così come del resto più volte rilevata dalla Corte di Giustizia) della concessione di diritti esclusivi a imprese da parte di enti pubblici, ove questi siano anche azionisti di controllo di imprese che, proprio in virtù di affidamenti di gestione di servizi, pongano in essere abusi sul mercato rilevante.

A fronte di tali riferimenti normativi ed ermeneutici - nonché di ricorrente giurisprudenza comunitaria e nazionale volta a delimitare rigorosamente le possibili eccezioni alla regola generale della gara a evidenza pubblica, in primis l'affidamento c.d. in house nei termini indicati dall'articolo 113, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000 - le delibere n. 210/10 e 188/9 si muovono in direzione opposta. In un caso, infatti, si stabilisce che «i Comuni effettuano il servizio di raccolta differenziata attraverso contratti intercorrenti con le società a capitale interamente pubblico già affidatarie del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani» sulla base di un modello di contratto di servizio predisposto dalla stessa Provincia, nell'altro si dispone una proroga per un periodo massimo di sei mesi degli affidamenti in essere, contestualmente prevedendo, per i Comuni che già non abbiano fatto ricorso a società interamente pubbliche, «la possibilità, ogni due mesi, di poter disporre l'affidamento dei servizi relativi alla gestione dei rifiuti a società a capitale interamente pubblico, interrompendo il rapporto contrattuale in essere». Si tratta, con palese evidenza, di un privilegio riconosciuto alle imprese pubbliche nell'affidamento dei servizi in discorso.

Addirittura, la delibera n. 188/9 prevede l'erogazione, ai Comuni dotati di società a capitale interamente pubblico per la gestione dei servizi di raccolta dei rifiuti urbani, di un sostegno finanziario finalizzato al mantenimento in capo a tali imprese della raccolta differenziata stradale e presso i punti di conferimento comunale, in sostanza con ciò riconoscendo un aiuto di tipo economico alle amministrazioni che, per lo svolgimento dei servizi di raccolta differenziata, facciano ricorso ad un affidamento diretto senza gara. Per quanto la Provincia, nella sua risposta a un'apposita richiesta di informazioni, abbia dichiarato che tali incentivi non sono stati effettivamente erogati, essi permangono potenzialmente applicabili, e come tali continuano a concretare un'illegittima discriminazione delle imprese private nella selezione dei soggetti affidatari del servizio da parte delle competenti amministrazioni locali.

In conclusione, tenuto conto che nel modello prefigurato dalle due delibere provinciali si assiste all'induzione ad affidare i servizi a società a capitale interamente pubblico senza alcuna giustificazione di tale discriminazione rispetto ad altri soggetti ugualmente interessati e legittimati a gestire tali servizi, l'Autorità torna a raccomandare il rigoroso rispetto dei principi generali posti a tutela della concorrenza e di quelli settoriali in merito alla selezione dei soggetti gestori di servizi pubblici, affinché le competenti amministrazioni provvedano alla scelta del soggetto meglio rispondente alle rispettive necessità di servizio, indipendentemente dalla titolarità del capitale sociale, in una prospettiva di efficienza ed economicità amministrativa, nel perseguimento del costante miglioramento dei servizi resi alla collettività.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

As375 - Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi

Roma, 28 dicembre 2006

Nel corso degli ultimi mesi sono pervenute all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato diverse segnalazioni in materia di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287, tra cui più recentemente due relative alle modalità con cui alcuni enti pubblici territoriali hanno provveduto all'affidamento della gestione di tali servizi.

In particolare, in un caso è stata sollevata la legittimità dell'affidamento diretto dei servizi di raccolta e smaltimento di rifiuti urbani effettuato dai Comuni di Lignano Sabbiadoro e Tarcento nei confronti di una società di scopo controllata da una società da essi partecipata, società quest'ultima il cui capitale sociale non è interamente pubblico in quanto un'associazione di diritto privato ne detiene una quota, seppur marginale.

In un altro caso è stata contestata la legittimità dell'affidamento diretto dei servizi di raccolta di rifiuti urbani effettuato dal Comune di Rubano nei confronti di una società partecipata dal medesimo e avente capitale interamente pubblico, ma ripartito tra una grande pluralità di soci. Subito dopo tale affidamento, peraltro, la società affidataria si sarebbe fusa con un'altra società a capitale interamente pubblico – con ulteriore diluizione delle quote detenute dai singoli enti – che avrebbe così acquisito il rapporto di servizio in discussione.

L'Autorità, nel constatare una volta di più come il settore dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica risulti caratterizzato da una casistica estremamente varia di gestioni da parte di imprese controllate dagli enti locali cui il servizio è stato affidato direttamente, che dai soggetti interessati vengono impropriamente ricondotte a quelle c.d. in house, nella sua adunanza del 14 dicembre 2006, intende nuovamente esporre alcune considerazioni al riguardo e, con l'occasione, sulle iniziative legislative di riforma dei servizi pubblici locali, nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Posto che di alcune problematiche degli affidamenti in house di servizi pubblici locali l'Autorità si è già occupata in passato,¹⁰³ si coglie ora l'occasione per sottolineare che tale modalità di affidamento è sottoposta a stringenti requisiti di legittimità, così come determinati dalla giurisprudenza comunitaria e recepiti nella normativa nazionale,¹⁰⁴ i quali non permettono agli enti locali di far ricorso all'affidamento diretto in qualsivoglia situazione, ovvero quale modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici, relegando lo strumento competitivo della gara a poche ed eccezionali situazioni. Ciò in quanto i servizi pubblici locali costituiscono servizi economici offerti all'utenza in regime di monopolio ed è pertanto necessario che venga assicurato, nella forma quanto più ampia possibile, il ricorso al mercato attraverso procedure competitive per la scelta dell'impresa offerente, attivando una concorrenza che assicuri la scelta dell'operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e offrire il servizio migliore al minor costo.

Per altro verso, le condizioni alle quali è consentito agli enti locali di erogare direttamente tali servizi ed evitare il ricorso al mercato e il confronto previsto dalla gara sono da interpretarsi e applicarsi in senso restrittivo anche in ragione dell'obiettiva situazione di conflitto d'interesse che tale modalità di affidamento – allo stesso modo, del

¹⁰³ Si veda da ultimo la segnalazione AS361 del 27 settembre 2006, Organizzazione del servizio di raccolta differenziata nel territorio provinciale, nonché, più in generale, la segnalazione AS311 del 6 settembre 2005, Modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali.

¹⁰⁴ Si ricorda che, ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, tali requisiti consistono in (1) la natura interamente pubblica del capitale sociale del soggetto affidatario, (2) l'esercizio su tale soggetto di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte dell'ente o degli enti pubblici titolari del capitale sociale, (3) la realizzazione da parte della società della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

resto, di quella nei confronti di società costituite secondo le modalità del c.d. partenariato pubblico-privato – determina in capo agli enti pubblici locali, i quali risultano essere al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima (es. le autorità di ambito territoriale ottimale nel caso dei servizi idrici e ambientali).

Tanto premesso, la presenza ancorché marginale di soggetti non pubblici nel capitale sociale della società affidataria¹⁰⁵ e la frammentazione del capitale in maniera tale da non rendere ragionevolmente riconoscibile il controllo sull'impresa in capo al soggetto pubblico affidante il servizio,¹⁰⁶ inducono a ritenere non sussistenti le condizioni di legittimità dell'affidamento secondo le modalità in house.

Giova sottolineare come le indicazioni contenute nella presente segnalazione non intendano ridurre il potere di auto-organizzazione proprio della pubblica amministrazione, bensì porre un opportuno argine alla distorsione di uno strumento operativo, quale l'affidamento in house, originariamente volto a consentire una gestione diretta del servizio in casi particolari e circoscritti – è a dirsi quando il servizio non possa essere erogato attivando meccanismi di mercato - ma che nella prassi è invalso a modalità di elusione del necessario confronto concorrenziale nell'affidamento dei servizi attraverso procedure di gara, e a strumento di riorganizzazione imprenditoriale su più ampia base territoriale dei medesimi servizi, della cui legittimità è lecito dubitare.

In effetti, spesso è dato verificare come, attraverso successive fusioni e incorporazioni tra imprese a capitale pubblico a cui siano stati preventivamente affidati servizi pubblici in house, contestualmente all'aumentare delle dimensioni e delle attività di queste vengano meno le caratteristiche di prossimità sociale e organizzativa poste a giustificazione degli affidamenti originari secondo le modalità in discorso.¹⁰⁷

Per contro, si afferma progressivamente un'autonomia d'impresa che rende difficilmente sostenibile la tesi di un rapporto di controllo effettivo degli enti locali presenti nel capitale sociale, i quali sono da considerarsi piuttosto - come già si diceva - al più soci di maggioranza, ma sprovvisti di "influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti".¹⁰⁸

Tenuto conto di quanto sin qui considerato, l'Autorità auspica una revisione della normativa dei servizi pubblici locali che consenta un'effettiva apertura del mercato e garantisca un assetto maggiormente concorrenziale del settore anche a tutela dei cittadini in quanto consumatori, come si propone il disegno di legge delega in materia di servizi pubblici approvato dal Consiglio dei Ministri in data 30 giugno 2006.

Si ricorda come tale proposta demandi al Governo l'adozione di un apposito decreto che consenta solo "eccezionalmente l'affidamento a società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento in house", contestualmente stabilendo l'impossibilità per tali società di "svolgere, né in via diretta, né partecipando a gare, servizi o attività per altri enti pubblici o privati" (art. 2, comma 1, lett. b) e d)). Posto che, nel testo in discussione, la dimostrazione dell'opportuna eccezionalità dell'affidamento viene demandata all'ente locale, anche attraverso un confronto con le competenti autorità di regolazione e, in via residuale, con questa Autorità, si ritiene che alcune più precise indicazioni da parte della legge circa i limiti di legittimità dell'affidamento in house – ad esempio rispetto alle questioni sopra richiamate dell'eccessiva frammentazione del capitale sociale tra enti locali azionisti, l'effettività e la permanenza nel tempo dell'influenza determinante da esercitarsi sull'impresa, la problematicità del controllo indiretto, la soglia di cumulabilità della parte più importante della propria attività da svolgersi con l'ente o gli enti pubblici controllanti – potrebbero evitare il rischio che la situazione di distorsione interpretativa appena stigmatizzata perduri anche in futuro sotto la vigenza di una nuova normativa di riferimento.

¹⁰⁵ Al riguardo, per una pronuncia assai recente della Corte di Giustizia - che provvede altresì a sottolineare la necessità della persistenza nel tempo del requisito di totale pubblicità del capitale sociale - v. sentenza del 6 aprile 2006, ANAV c. Comune di Bari.

¹⁰⁶ Si ricorda come la Corte di Giustizia abbia già avuto modo di sancire che il controllo intercorrente tra l'ente locale socio e la società affidataria dei servizi deve andare ben oltre quello esercitabile in qualità di semplice socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario, stigmatizzando altresì come una partecipazione indiretta indebolisca ulteriormente il potere di controllo (v. sentenza dell'11 maggio 2006, Carbotermo c. Comune di Busto Arsizio).

¹⁰⁷ Per altro verso, i medesimi effetti si sperimentano con l'uso distorto delle c.d. gestioni in deroga, come l'Autorità ha già rilevato in un caso particolarmente eclatante (v. segnalazione AS339 del 24 maggio 2006, Gestioni in salvaguardia di servizi idrici e rifiuti urbani e gestione dei servizi ambientali).

¹⁰⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 13 ottobre 2005, Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG. Al proposito si rinvia altresì a quanto assunto dal Consiglio di Stato, sentenza n. 4440 del 13 luglio 2006, Saba Italia S.p.A. c. Comune di Bolzano.

In particolare, andrebbe indicato il principio che l'affidamento diretto risulta giustificato solamente quando non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato, secondo un principio di sussidiarietà che limiti l'intervento pubblico a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato.

A fronte di tale attuale carenza nel progetto di riforma, va invece condivisa l'impostazione del medesimo rispetto alla natura eccezionale e residuale del modello di partenariato pubblico-privato, anch'esso attivabile solo in casi eccezionali, proprio in quanto implicante anch'esso il mantenimento di una situazione di conflitto di interesse fra ente pubblico affidante, società affidataria ed ente regolatore, nei termini sopra rilevati.

Per altro verso – e propriamente alla luce delle precedenti indicazioni sistematiche contenute nel disegno di legge – non si comprende la ragione della clausola di salvaguardia prevista nel medesimo disegno per la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici (art. 2, comma 1, lett. a)), clausola che determina il risultato di postulare per tale settore proprio la soluzione organizzativa ritenuta eccezionale e soggetta a rigorosi oneri di giustificazione per l'affidamento degli altri servizi. A questo proposito, si fa presente come le condivisibili esigenze di considerazione della pubblica utilità dei servizi idrici e della promozione, attraverso gli stessi, di una più profonda coesione sociale e territoriale,¹⁰⁹ possano già utilmente poggiarsi sulla natura pubblica delle acque stabilita dall'art. 1, comma 1, della legge 5 gennaio 1994, n. 36. Tanto riconosciuto, si ritiene che l'aspetto gestorio andrebbe invece definito di volta in volta in un'ottica di efficienza amministrativa nel perseguimento di un costante miglioramento dei servizi per gli utenti con l'applicazione di tariffe parametrare ai costi, dunque senza escludere la possibilità che, oltre a soggetti pubblici, la gestione dei servizi idrici venga affidata a soggetti privati, selezionati a mezzo di procedure a evidenza pubblica trasparenti ed effettivamente competitive.

Su un piano più generale, si riscontra poi come il menzionato disegno di legge non richiami il Governo ad una considerazione, che si ritiene invece opportuna in sede d'intervento normativo delegato, di alcune questioni cruciali per la regolazione dei servizi pubblici locali, sia con riferimento alle modalità di svolgimento delle gare – le quali devono prevedere requisiti economicamente giustificati e proporzionati per garantire un'effettiva selezione competitiva delle imprese idonee – sia con riferimento alle tariffe e alla qualità del servizio che sarà erogato dall'impresa affidataria. A questo proposito, va tenuto conto di come proprio per i servizi pubblici locali, in assenza di un quadro concorrenziale che dia al mercato regole di trasparenza dei prezzi e migliore qualità del servizio, risulta necessario individuare organi di regolazione indipendenti caratterizzati da un elevato livello di specializzazione, in grado di stimolare e controllare – anche mediante il confronto del grado di efficienza delle imprese fra situazioni locali distinte – la qualità del servizio e il livello degli investimenti effettuati, a prescindere dalla proprietà pubblica o privata delle imprese erogatrici. Solo attraverso un'adeguata regolamentazione svolta da organismi indipendenti e altamente specializzati cui venga affidato sia il controllo delle modalità di affidamento che delle modalità di gestione del servizio (quali il pieno rispetto del contratto di servizio e dei relativi standard qualitativi), appare possibile evitare situazioni di conflitto di interesse o fenomeni di cattura del regolatore, che, come noto, possono ingenerare distorsioni concorrenziali e determinare, tra l'altro, tariffe più elevate, servizi di qualità inferiore e/o minori investimenti, con evidente pregiudizio per i cittadini in quanto consumatori.

Nel raccomandare altresì una determinazione la più stringente possibile della fase transitoria al termine della quale le gestioni di servizi pubblici locali attualmente esistenti andranno allineate alla nuova normativa da adottarsi, l'Autorità sottolinea in conclusione la necessità che alle distorsioni sopra citate sia posto quanto prima un termine.

Si richiamano pertanto, da un lato, le amministrazioni competenti a interpretare la normativa rilevante in maniera rigorosa, in conformità ai principi di concorrenza stabiliti dall'ordinamento comunitario e nazionale, e, dall'altro, si auspica che il legislatore tenga conto dei principi concorrenziali sopra enunciati nei progetti di revisione legislativa in discussione sui servizi pubblici locali, in modo da stimolare anche in questo mercato un maggiore confronto concorrenziale, volto da una parte a stimolare una crescita del settore e, dall'altra, a migliorare le condizioni di offerta dei servizi a vantaggio degli utenti finali.

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

¹⁰⁹ Sul punto si rinvia anche alla segnalazione AS266 del 7 agosto 2003, Normativa di settore dei servizi idrici.

Senato della Repubblica — Giunte e Commissioni**RESOCONTO STENOGRAFICO n. 6 dell'8 febbraio 2007 (stralcio)**

1ª COMMISSIONE PERMANENTE (Affari costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'interno, ordinamento generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione)

INDAGINE CONOSCITIVA SUL RIORDINO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Intervengono il presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato Antonio Catricalà, accompagnato dal dottor Luigi Fiorentino, capo di Gabinetto, dal dottor Roberto Sommella, responsabile Relazioni esterne e dalla dottoressa Roberta Angelini, il presidente dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas Alessandro Ortis e il componente della stessa Autorità Tullio Maria Fanelli, accompagnati dal dottor Alessio Borriello, direttore per le relazioni istituzionali nazionali, dal dottor Biagio Longo, direttore comunicazione ed eventi e dall'avvocato Barbara Serventi, per le relazioni istituzionali nazionali.

I lavori hanno inizio alle ore 15,20.

PROCEDURE INFORMATIVE

Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

PRESIDENTE. L'ordine del giorno reca il seguito dell'indagine conoscitiva sul riordino dei servizi pubblici locali, sospesa nella seduta pomeridiana del 1° febbraio.

Comunico che, ai sensi dell'articolo 33, comma 4, del Regolamento, è stata chiesta sia l'attivazione dell'impianto audiovisivo e che la Presidenza del Senato ha già preventivamente fatto conoscere il proprio assenso.

Se non si fanno osservazioni, tale forma di pubblicità è dunque adottata per il seguito dei lavori.

Sono oggi previste due audizioni, la prima delle quali è quella del presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato Antonio Catricalà, accompagnato dai dottori Luigi Fiorentino, Roberto Sommella e Roberta Angelini, che saluto e ringrazio a nome della Commissione e mio personale per l'immediata disponibilità manifestata nell'accogliere l'invito della Commissione affari costituzionali del Senato.

Come il presidente Catricalà certamente sa, si conclude oggi il ciclo di audizioni promosso da questa Commissione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul riordino dei servizi pubblici locali. Le valutazioni e i suggerimenti che il presidente Catricalà esprimerà assumeranno per noi un particolare valore per evidenti ragioni, in un clima, tra l'altro, di leale collaborazione istituzionale tra il Parlamento e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che noi vorremmo fosse intensificato il più possibile.

Cedo quindi la parola al presidente Catricalà per esporci le sue considerazioni sull'argomento oggetto della nostra indagine.

CATRICALÀ. Signor Presidente, onorevoli commissari, sono oggi accompagnato da alcuni miei collaboratori: il dottor Luigi Fiorentino, capo di Gabinetto, il dottor Roberto Sommella, responsabile Relazioni esterne, e la dottoressa Roberta Angelini, funzionario, che ha collaborato alla stesura della relazione che mi appresto a leggere e che consegno alla Commissione.

Desidero anzitutto rivolgere un ringraziamento a questa Commissione per l'occasione che viene offerta all'Autorità che ho l'onore di presiedere, di esprimere in questa alta sede le proprie valutazioni in merito ad un disegno di legge che si propone di riformare organicamente e di ricondurre ad unità la disciplina generale dei

servizi pubblici locali. Il progetto è ambizioso in quanto vuole incidere su materia complessa dal punto di vista non soltanto normativo, ma anche e soprattutto economico-sociale.

Nella gestione dei servizi pubblici locali, dimensione pubblica e dimensione privata sono destinate inesorabilmente ad incontrarsi. Anche in questo ambito si è registrato nel corso degli anni il progressivo affermarsi, da un lato, di meccanismi di mercato e, dall'altro, di istanze di tutela dei consumatori sempre più pregnanti.

In questo senso, l'iniziativa stessa di riforma deve essere salutata con favore in quanto risulta mossa dall'intento di fornire, oltre che una maggiore certezza alla disciplina della materia, anche un rinnovato impulso verso la liberalizzazione e l'apertura del mercato che dovrebbero essere viste, da parte delle amministrazioni interessate, non come un pericolo, ma come una sfida e una buona occasione da cogliere. Una sfida, per dimostrare come la natura «pubblica» dei servizi sia perfettamente compatibile con modelli di gestione più aperti, efficienti ed informati al mercato.

Un'occasione, per proseguire in quel cammino che vuole sempre più affermare la centralità dell'utente dei servizi come consumatore-arbitro del mercato stesso.

Venendo alle specifiche previsioni contenute nel disegno di legge in oggetto, merita anzitutto apprezzamento il dichiarato intento di perseguire, quale modello preferibile, quello della concorrenza «nel mercato». Questo emerge da quanto previsto dagli articoli 1 e 2 del disegno di legge, nella parte in cui si richiamano le condizioni di «necessità» e «proporzionalità», che devono presiedere all'imposizione di limiti all'autonomia imprenditoriale e alla libertà di concorrenza delle imprese.

È importante, inoltre, che si manifesti la consapevolezza del fatto che il soddisfacimento dei bisogni sottesi al servizio pubblico non necessariamente implica la gestione «in esclusiva», come del resto affermato dalla Commissione europea già nel 2001.

Come modalità generale di affidamento della gestione dei servizi, il disegno di legge propone opportunamente la concorrenza «per» il mercato da realizzarsi mediante l'esperimento di «procedure competitive ad evidenza pubblica».

Utile è anche l'ulteriore previsione, di cui all'articolo 2, comma 1, lettera n) quale risultante dal testo frutto degli emendamenti presentati dal Governo, ai sensi della quale dovranno essere definite «garanzie di trasparenza e imparzialità» nella gestione delle procedure di affidamento dei servizi. Questo risponde a un'esigenza che avevamo manifestato nella nostra segnalazione del dicembre scorso sul disegno di legge in discussione.

Nello svolgimento delle procedure di affidamento occorre infatti disporre che determinati elementi vengano tenuti in adeguata considerazione: così, ad esempio, prevedere requisiti economicamente giustificati e proporzionati per garantire che la selezione delle imprese venga condotta in modo realmente competitivo.

Si ritiene, invece, di non poter condividere la clausola di salvaguardia prevista per la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici. Rimettere ai soli soggetti pubblici la gestione dei servizi idrici, con l'esclusione di ogni forma di procedura competitiva, risponde infatti ad una logica diametralmente opposta a quella seguita dal disegno di legge per i restanti servizi pubblici. Sarebbe pertanto preferibile che la forma di gestione venisse definita di volta in volta in un'ottica di efficienza amministrativa, proprio a tutela del consumatore, senza escludere la possibilità che, oltre a soggetti pubblici, la gestione dei servizi idrici venga affidata a soggetti privati, selezionati a mezzo di procedure a evidenza pubblica trasparenti e competitive.

Allo stesso modo, non si comprende l'esigenza di introdurre, come fatto nel testo frutto degli emendamenti, la previsione che tiene ferma la possibilità per gli enti locali di gestire i servizi «in economia». Il richiamo alla gestione in economia, infatti, oltre ad apparire arcaico, risulta antitetico rispetto al dichiarato intento di aprire i servizi pubblici al mercato, nonchè all'esigenza di limitare a casi particolari e circoscritti il ricorso alla gestione diretta. Peraltro, anche dal punto di vista della fattibilità, risulta oggi difficile immaginare forme di gestione in economia (e quindi tramite l'apparato organizzativo e le strutture ordinarie delle amministrazioni locali) per i servizi a rilevanza economica, quando già per i servizi privi di tale rilevanza il ricorso a questo modello era stato previsto con il caveat delle «modeste dimensioni», o in relazione a particolari «caratteristiche del servizio». La gestione in economia, peraltro, non fuga le insidie proprie della commistione tra ruoli di controllo e attività di gestione del servizio.

Segue, nel disegno di legge, la disciplina dell'in house. La scelta di ammettere il ricorso all'in house soltanto in ipotesi circoscritte ed entro limiti precisi risulta apprezzabile. Il testo, come formulato nell'originaria proposta governativa presentata nel luglio 2006, prevedeva espressamente l'«eccezionalità» di questa forma di gestione. Nella segnalazione presentata nel dicembre scorso dall'Autorità che presiedo, avevamo auspicato l'adozione di alcune precise indicazioni da parte della legge circa i limiti di legittimità dell'affidamento in house, nonché l'affermazione del principio secondo cui l'affidamento diretto risulta giustificato solamente quando non sia possibile individuare una migliore soluzione di mercato.

Nella versione emendata l'in house diviene forma di gestione derogatoria rispetto alla gara, da consentirsi nelle situazioni che «per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non consentono un efficace ed utile ricorso al mercato».

Da condividersi è l'impostazione in termini di residualità del modello di partenariato pubblico-privato, in quanto anch'esso implicante un potenziale conflitto di interesse fra ente pubblico affidante, società affidataria ed ente regolatore. Anche questo modello risulta attivabile (sulla base dell'articolo 2, comma 1, lettera c)), solo in via derogatoria e in presenza delle stesse condizioni di mercato sopra citate.

Di segno positivo è la previsione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d), che impone all'ente locale oneri di motivazione e obblighi di trasparenza, laddove questo si determini al ricorso all'in house rispetto all'esperimento della gara.

La previsione di oneri di motivazione in capo all'ente locale, nonché l'introduzione di forme verifica sulle decisioni assunte, eventualmente anche tramite l'Autorità che presiedo, dovrebbero comunque disincentivare comportamenti devianti.

Ricordiamo, al riguardo, la recente pronuncia con cui la Corte dei conti della Lombardia (n. 447 del 2006) ha statuito l'esistenza di un nesso esplicito tra violazione delle norme dell'evidenza pubblica e danno erariale sub specie di «danno alla concorrenza», rilevando come la normativa in tema di evidenza pubblica sia divenuta «modus agendi tipico della pubblica amministrazione, in quanto modalità procedimentale idonea a garantire il perseguimento non solo dei fini di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, ma altresì di quelli di legalità, trasparenza e responsabilità».

Il disegno di legge prevede, inoltre, che la scelta dell'affidamento diretto debba essere preceduta e giustificata dallo svolgimento di una specifica «analisi di mercato» e da una «valutazione comparativa rispetto all'offerta privata». La disposizione bene codifica, per la gestione dei servizi pubblici, il principio secondo il quale nell'esercizio della propria discrezionalità l'amministrazione è chiamata ad una valutazione di idoneità che muove dalla comparazione tra i diversi strumenti astrattamente disponibili per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, alla luce del criterio dell'economicità.

In ogni caso, l'ente locale dovrà «definire il periodo temporale» entro il quale effettuare la gara, così di fatto impegnandosi a rendere realizzabile il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica. La previsione sembra ben interpretare l'insegnamento della Corte costituzionale (nn. 14 e 272 del 2004) secondo cui la concorrenza è un bene non soltanto da tutelare, ma anche da promuovere, in un'accezione dinamica, al fine di favorire lo sviluppo dei mercati.

Positiva è la previsione, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera f-ter, della revisione della disciplina delle incompatibilità al fine di rafforzare la distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali.

L'articolo 2, comma 1, lettera f-quater prevede che nei bandi e nei capitolati vengano obbligatoriamente inserite clausole che vincolano i gestori dei servizi ad adottare misure di «tutela dei lavoratori». L'istanza sottesa a questa previsione è ovviamente da condividere. In sede di attuazione occorrerà però adottare strumenti che vengano a contemperare l'esigenza di tutelare i lavoratori con quella di non disincentivare l'ingresso nel mercato di nuovi operatori. Disincentivo che potrebbe prodursi laddove, ad esempio, in occasione della successione di un operatore ad un altro nello svolgimento del servizio, si imponessero, senza adeguati correttivi, stringenti obblighi di assunzione o di rilevamento di personale.

La versione emendata del disegno di legge n. 772, dispone che, nella disciplina degli affidamenti, vengano previste «idonee forme di ammortamento degli investimenti». Se è condivisibile l'esigenza di tutelare il recupero degli investimenti, sarebbe opportuno precisare che, quanto specificamente alla durata degli affidamenti, la stessa dovrà comunque essere strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti stessi.

Di estrema rilevanza risulta il tema della tutela degli utenti di cui all'articolo 3. Rispetto all'impianto normativo vigente, il disegno di legge vuole rendere più incisivo il ruolo partecipativo degli utenti dei servizi pubblici in relazione alle modalità di prestazione dei servizi.

In questa direzione si muove la previsione secondo cui le carte dei servizi devono essere adottate in conformità ad «intese» con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate:

si introduce così uno strumento partecipativo che va oltre la mera consultazione per richiedere vere e proprie forme di accordo.

Questo risulta in linea con quanto auspicato dalla Commissione europea nel proprio Libro bianco sui Servizi di interesse generale circa l'adozione di disposizioni riguardanti la rappresentanza e la partecipazione attiva dei consumatori e degli utenti in sede di definizione e valutazione dei servizi.

Quanto alla promozione della qualità dei servizi, positiva è la previsione della mancanza di soddisfazione dell'utente-cliente come vera e propria condizione risolutiva dell'affidamento del servizio (articolo 3, comma 1, lettera b): si avvalorava così un concetto di consumatore come figura centrale e non periferica del mercato e si traduce in concreto l'idea secondo cui l'affermazione sul mercato deve essere parametrata anche e soprattutto alla capacità di soddisfare i bisogni dei consumatori.

Allo stesso tempo, potrebbero prevedersi meccanismi che consentano, in costanza di rapporto, l'adeguamento dei requisiti del servizio alle esigenze dell'utenza, una sorta cioè di «clausola evolutiva», come definita dallo stesso Libro bianco sopra citato.

Da apprezzarsi, inoltre, rispetto al testo come originariamente formulato, la previsione secondo cui la verifica del grado di soddisfazione degli utenti venga rimessa non al gestore, ma secondo modalità da definirsi da parte dell'amministrazione affidante.

In questa sede, un rafforzamento del grado di partecipazione diretta degli utenti anche alla fase di verifica sarebbe comunque auspicabile, così come l'individuazione di organi indipendenti e specializzati cui venga demandato il controllo della qualità dei servizi, nella misura in cui questo possa contribuire ad evitare casi di conflitto di interessi.

Omissis

Capitolo 5

Giustizia amministrativa Regione Friuli Venezia Giulia e affidamento in house

TAR Friuli Venezia Giulia, - Sentenza n. 634 del 15/7/2005

Sull'organo competente a deliberare sulla gestione di un servizio pubblico locale e sulle condizioni alle quali un Comune può gestire il servizio pubblico in house attraverso una società a capitale interamente pubblico e suddiviso tra più enti locali.

Dal momento che l'art. 42, comma 2° del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 attribuisce al Consiglio comunale la competenza in materia di organizzazione e concessione dei pubblici servizi, di partecipazione degli enti locali a società di capitali nonché di affidamento di attività e servizi mediante convenzione, non è necessaria un'ulteriore deliberazione della Giunta per l'approvazione della convenzione tra i Comuni soci in una società a capitale interamente pubblico e per l'affidamento ad essa del servizio pubblico di raccolta, trasporto ed avvio allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

È legittima la delibera del Consiglio comunale di affidamento del servizio pubblico di raccolta, trasporto ed avvio allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani in favore di una società il cui capitale appartiene ad una pluralità di enti pubblici e che svolge la parte più importante dell'attività con gli enti locali soci, purché questi ultimi esercitino in comune sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale del Friuli Venezia Giulia, nelle persone dei magistrati:

Vincenzo Borea – Presidente

Enzo Di Sciascio – Consigliere, relatore

Vincenzo Farina - Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 360/04 proposto dalla SNUA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Renato Fusco, con domicilio eletto presso di lui in Trieste, via di Donota 3, come da mandato a margine del ricorso;

contro

il Comune di Azzano Decimo, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Caia e Alberto Pasino, con domicilio eletto presso il secondo in Trieste, via S. Nicolò 19; come da deliberazione giuntale n. dd. e da mandato a margine dell'atto di costituzione;

e nei confronti

della Ambiente Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Colombari e Alberto Pasino, con domicilio eletto presso il secondo in Trieste, via S. Nicolò 19, come da mandato a margine dell'atto di costituzione;

per l'annullamento

della deliberazione consiliare n. 13 dd. 30.3.2004, con cui si è disposta l'adesione del Comune alla Ambiente Servizi s.p.a. e l'affidamento diretto ad essa della gestione del servizio pubblico di raccolta, trasporto e avvio allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani a far data dall'1.4.2004;

della presupposta determinazione 865 dd. 9.12.2003 e di quella consequenziale dd. 2.4.2004 n. 211 del responsabile del servizio competente, rispettivamente di sospensione e di revoca del procedimento a evidenza pubblica in precedenza indetto per la gestione del medesimo servizio;

Visto il ricorso, ritualmente notificato e depositato presso la Segreteria generale con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della controinteressata;

Visti gli atti tutti di causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 30 giugno 2005 la relazione del consigliere Enzo Di Sciascio ed uditi altresì i difensori presenti delle parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente rappresenta di aver partecipato a una gara, indetta dal Comune intimato, per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani (RSU) per il triennio 2004 – 2006, essendo in scadenza il precedente rapporto con essa stessa instaurato.

Oltre alla sua offerta perveniva anche quella della Ecoverde s.n.c.

Con la prima delle determinazioni impugnate il procedimento è stato inopinatamente sospeso, adducendo il Comune la necessità di valutare la convenienza dell'affidamento diretto del servizio stesso, a norma dell'art. 14 della L. 24.11.2003 n. 326, modificativa dell'art. 113, 5° comma, lett. c) del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267, che consente il conferimento della titolarità dei servizi pubblici a rilevanza economica a società di capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che essa eserciti la parte più importante della sua attività con gli enti pubblici che la controllano.

Con la successiva deliberazione consiliare 13 dd. 30.3.2004 premesso che è stata bandita la più volte menzionata procedura ad evidenza pubblica, che è sopravvenuta la ricordata modificazione della disciplina in materia di servizi pubblici locali, che di conseguenza si è decisa, con il ricordato provvedimento del responsabile del servizio, adottato previa deliberazione giuntale di indirizzo n. 257 dd. 4.12.2003, la sua sospensione, divenuta efficace dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Con successiva determinazione – ricorda il citato provvedimento – è stato dato incarico alla ditta PM8 Consulenze s.r.l. di Pordenone di predisporre una relazione economico finanziaria, che dimostrerebbe la convenienza per l'amministrazione di gestire in house il servizio oggetto di gara.

Si rileva inoltre che la Ambiente Servizi s.p.a., società che ha come soci numerosi Comuni vicini, si è dichiarata disposta a svolgere il servizio in questione a condizioni giudicate migliorative rispetto a quelle di attuale svolgimento e che il suo statuto consente ad ogni Comune socio, indipendentemente dal numero di azioni detenute, di esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, come richiesto dall'art. 113, 5° comma, lett. c) del D.Lgs. 267/00.

Di conseguenza la citata deliberazione consiliare dispone l'adesione del Comune intimato ad Ambiente Servizi s.p.a., determinando la quota di capitale e il numero di azioni da acquisire, e l'affidamento, a far data dal

1.4.2005, alla stessa del servizio qui controverso, dando mandato agli organi competenti di disporre la definitiva revoca della gara già sospesa.

Ne è conseguita la pure impugnata determinazione di revoca, di cui in epigrafe.

Si chiede l'annullamento degli atti ivi indicati, in quanto ritenuti illegittimi per:

1) Violazione dell'art. 42, 2° comma, del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267. Incompetenza.

La deliberazione consiliare impugnata sarebbe viziata da violazione di legge e incompetenza, in quanto la norma in rubrica consente al Consiglio comunale di deliberare in ordine:

- all'organizzazione dei pubblici servizi;
- alla costituzione di istituzioni e aziende speciali;
- alla concessione di pubblici servizi;
- alla partecipazione dell'ente locale a società di capitali;
- all'affidamento di attività o servizi mediante convenzione;

Pertanto, se è vero che esso può deliberare in ordine alla concessione di pubblici servizi o all'affidamento di attività o servizi mediante convenzione, l'effettivo affidamento del servizio spetterebbe alla Giunta, trattandosi di attività esecutiva.

Pertanto il disposto affidamento diretto alla controinteressata da parte del Consiglio comunale sarebbe illegittimo per le ragioni sopra esposte.

2) Violazione ed errata applicazione dell'art. 113 del D. Lgs. 267/00. Eccesso di potere per errata valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione dei principi in materia di procedimenti a evidenza pubblica

La deliberazione consiliare impugnata, nella parte in cui affida direttamente alla società controinteressata il servizio pubblico locale di raccolta e smaltimento dei rifiuti, contestualmente disponendo la sottoscrizione di una quota minimale del suo capitale (8% circa) violerebbe la norma in rubrica, dal momento che difetterebbe il presupposto da essa previsto per tale affidamento, consistente nell'esercizio sulla società affidataria di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, che non potrebbe prescindere da una partecipazione azionaria maggioritaria.

Mancherebbe pertanto il vincolo di dipendenza finanziaria, amministrativa e gestionale fra pubblica amministrazione e soggetto affidatario che solo consentirebbe di derogare alla disciplina comunitaria sui pubblici appalti.

La pretesa possibilità di controllo della società controinteressata da parte di ogni Comune socio, a prescindere dalla sua quota di partecipazione azionaria, addotta come motivazione nell'atto consiliare oggetto di gravame, costituirebbe affermazione illogica, indimostrata, non certo desumibile, come vorrebbe il Consiglio, dallo statuto sociale né dalla convenzione intercomunale, dove essa è affermata all'art. 4, in linea di principio, ma smentita dall'immediatamente successivo rilievo che, nell'Assemblea, il rappresentante di ciascun Comune ha diritto di voto pari alla quota di partecipazione.

Essa pertanto non sussisterebbe e le affermazioni in contrario non sarebbero corrispondenti al vero.

3) Violazione degli artt. 12, 45, 49 e 86 del Trattato costitutivo dell'Unione Europea, della Direttiva 92/50/CEE

L'impugnata deliberazione consiliare si porrebbe in contrasto con le norme in rubrica del Trattato costitutivo dell'Unione Europea, ed inoltre delle sue disposizioni che riguardano la libertà di concorrenza in ambito comunitario, con la direttiva n. 92/50/CEE dd. 18.6.1992 in materia di appalti di servizi e con il D.Lgs. 17.3.1995 n. 157, che ad essa dà attuazione.

Tale prospettazione sarebbe confermata dall'ordinanza 22 aprile n. 2316 della V Sezione del Consiglio di Stato, che ha rimesso alla Corte di Giustizia delle Comunità europee la questione della compatibilità col diritto comunitario dell'affidamento diretto, da parte degli enti locali, a società controllata (c.d. in house providing) dei servizi pubblici.

4) Illegittimità derivata

In conseguenza dell'illegittimità della deliberazione consiliare n. 13 dd. 30.3.2004, risultano pure illegittime, in via derivata, le determinazioni n. 865 dd. 9.12.2003 di sospensione della già avviata gara per l'affidamento del servizio controverso e n. 211 dd. 2.4.2004 di revoca della stessa, in quanto trovano il loro fondamento nel provvedimento impugnato.

Si sono costituiti in giudizio l'amministrazione intimata e la controinteressata, controdeducendo.

Con successive memorie le parti hanno esposto più ampiamente le rispettive tesi.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Innanzitutto non può essere condiviso il vizio di incompetenza, dedotto con il primo motivo.

Dal momento che l'art. 42, 2° comma, lett. e), del D. Lgs. 18.8.2000 n. 267 affida al Consiglio comunale, che nella specie l'ha esercitata, la competenza in materia di "organizzazione dei pubblici servizi ... concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività e servizi mediante convenzione" non si vede perché sia necessaria, come sostiene la ricorrente, un'ulteriore deliberazione della Giunta municipale per l'approvazione della convenzione tra i Comuni soci di Ambiente Servizi s.p.a., della sottoscrizione pro quota del capitale di detta società per azioni e dell'affidamento ad essa del servizio pubblico di raccolta, trasporto ed avvio allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, oggetto dell'atto consiliare impugnato.

Del pari infondato è il secondo motivo.

Invero è un fuor d'opera richiamarsi alla scarsa consistenza del pacchetto azionario, sottoscritto dal Comune intimato (attorno all'8%) e della pari consistenza dei diritti di voto ad esso spettanti per dedurre l'assenza, da parte di esso, di un controllo sulla società affidataria analogo a quello esercitato sui propri servizi, condizione questa indispensabile per conferire la titolarità di un servizio pubblico a società a capitale interamente pubblico, come la controinteressata.

Tale presupposto è, infatti, previsto dall'art. 113, 5° comma, lett. c) del D. Lgs. 267/00 che, testualmente, consente l'affidamento di un servizio pubblico a società a capitale interamente pubblico "a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi".

Lo stesso concetto si rinviene nel precedente 4° comma, lett. a) del medesimo art. 113, che disciplina l'affidamento della gestione delle reti e degli impianti, qualora separata dall'erogazione del servizio a società di capitali con capitale interamente pubblico "a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi".

In altri termini si è voluto consentire l'affidamento a detto soggetto pubblico anche nel caso di un controllo in comune di più enti sulla società, cui viene conferita la titolarità di un servizio pubblico e ciò, ritiene il Collegio, in considerazione del caso molto frequente di costituzione in forma societaria non solo di aziende di singoli Comuni o Province, ma anche di quelle di consorzi di enti locali, o comunque di altri enti pubblici.

È questo il caso che si presenta nella specie, dove la controinteressata Ambiente Servizi s.p.a. è succeduta al C.I.S.E.S., un precedente consorzio intercomunale, con l'adesione anche di altri soggetti pubblici.

In concreto, con l'impugnata deliberazione consiliare, si è altresì approvata la convenzione, ai sensi dell'art. 30 del D. Lgs. 267/00, fra i Comuni soci in Ambiente Servizi s.p.a. (recepita nello Statuto, come risulta dall'art. 18 bis, introdotto con atto di data 23.2.2004) che prevede, all'art. 4, che "l'esercizio da parte degli enti locali di un controllo nei confronti di Ambiente Servizi s.p.a., analogo a quello esercitato sui propri servizi ... viene effettuato attraverso l'Assemblea di coordinamento intercomunale, costituita dai legali rappresentanti o loro delegati di ciascun ente locale, ognuno con responsabilità e diritto di voto pari alla quota di partecipazione".

Che, in tale modo, si sia raggiunto l'obiettivo di consentire agli enti locali il controllo previsto dal citato art. 113 non pare dubbio al Collegio, né colgono, a suo avviso, nel segno le censure di illogicità e contraddittorietà proposte nel medesimo secondo motivo di gravame.

Tale organo, infatti, provvede:

- alla consultazione tra gli enti locali circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società e circa il suo andamento generale, con audizione, almeno una volta l'anno, del Presidente e del Direttore generale;
- all'approvazione, su delega degli enti locali, del bilancio di esercizio, del piano industriale e degli altri documenti programmatici che, per Statuto, la società è tenuta a trasmettere;
- alla modifica degli schemi tipo dei contratti di servizio, all'approvazione di nuovi eventuali schemi tipo, alle modifiche dello Statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;
- al consenso all'eventuale esercizio in qualsiasi forma di attività, rientranti nel suo oggetto sociale, che integrino servizi pubblici pertinenti agli enti locali soci o alle loro forme associative, su delega degli stessi;
- al controllo, mediante una Commissione di tre membri da essa nominata, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità, con successiva relazione all'Assemblea stessa;

Va tenuto conto che l'organo in parola, oltre che su iniziativa del suo Presidente, si riunisce su richiesta di un numero di enti locali, che rappresentino almeno il 20% del capitale pubblico locale e, comunque, prima delle assemblee straordinarie della società controllata e di quelle che abbiano per oggetto l'approvazione dei bilanci e la nomina di amministratori o sindaci.

Si tratta pertanto di una forma penetrante di controllo, che investe non solo gli atti di gestione straordinaria, ma anche, in parte rilevante, la gestione ordinaria e gli organi stessi di Ambiente Servizi s.p.a., che la curano, e che è esercitata dai soli enti locali soci, non essendone partecipi gli altri enti pubblici, pur anch'essi in possesso di quote della società.

Se inoltre si aggiunge che, ai sensi dell'art. 18 bis dello Statuto, né il bilancio, né il piano industriale, né gli altri documenti programmatici possono essere approvati dagli organi di Ambiente Servizi s.p.a. prima che siano stati esaminati dall'Assemblea di coordinamento intercomunale, che ciascun ente locale può chiedere informazioni in merito alla gestione dei servizi pubblici da esso affidati alla società e che detti servizi vanno svolti secondo disciplinari approvati dagli enti locali, in modo da consentire il completo controllo da parte di ciascun ente di ognuno dei servizi da esso conferiti, non pare dubbio al Collegio che, nei confronti della società gli enti locali abbiano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, come prescrive il citato art. 113, 5° comma, lett. c).

Per completezza si aggiunge che sussiste, né è messo in dubbio in causa, anche l'altro requisito previsto dalla norma appena citata per consentire l'affidamento diretto di servizi pubblici, cioè che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici, che la controllano.

I due requisiti citati costituiscono applicazione diretta della sentenza della Corte di Giustizia in causa C-107/98 dd. 18.11.1999 Teckal contro Comune di Viano, essendovi, sia pur incidentalmente, espressamente enunciati come indice, ritiene il Collegio, del fatto che, ove essi ricorrano, l'amministrazione aggiudicatrice e l'affidataria non sono soggetti realmente distinti e quindi non intercorre tra loro un contratto, presupposto per l'applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti (nella specie di forniture).

A queste conclusioni nulla aggiunge il terzo motivo, che si fonda sull'ordinanza 2316 dd. 28 giugno 2004 della V Sezione del Consiglio di Stato di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di alcune norme della Regione Trentino Alto Adige, che consentono l'affidamento diretto di un servizio pubblico a società di capitali in cui vi sia "influenza dominante pubblica", in quanto ritiene che esse non siano compatibili con diverse disposizioni del Trattato dell'Unione Europea, che prevedono il divieto di discriminazione, la libera concorrenza, la libera prestazione dei servizi pubblici, in quanto, nella prospettiva attorea, dimostrerebbero l'incompatibilità con il Trattato dell'intero sistema dell'in house providing.

Ritiene invero il Collegio che la soluzione, quale che essa sia, della questione, non abbia rilevanza per la soluzione del presente ricorso.

Invero la fattispecie, che anche la Corte dovrà prendere in considerazione, è molto diversa da quella qui in esame, sia in fatto che in diritto.

Nel caso indicato si controverte su una concessione di pubblico servizio (l'affidamento di un parcheggio a pagamento) caratterizzata dal fatto che la controprestazione dell'affidatario è ottenuta, almeno in parte, dagli utenti del servizio stesso, onde è esposta a rischio d'impresa, e non su di un appalto di servizi, in cui essa è comunque assicurata dall'amministrazione aggiudicatrice, e quindi secondo la giurisprudenza comunitaria (v. p. es. sentenza 7.12.2000 in causa C-324/98) non si applica a tale fattispecie la direttiva 92/50/CEE, come richiesto invece nel presente ricorso (v. al riguardo le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-458/03 Parking Brixen GmbH c. Comune di Bressanone, su una vicenda analoga).

Inoltre la legislazione nazionale, della cui conformità al Trattato si dubita, non è la stessa qui in discussione, trattandosi di normativa applicabile alla sola Regione Trentino Alto Adige e, per giunta, fondata su un presupposto diverso, cioè la possibilità di affidare direttamente pubblici servizi a società con influenza dominante pubblica, qui non in discussione.

Anche se viene chiamato in causa l'art. 113, 5° comma, lett. c) del D. Lgs. 267/00 ciò non toglie che tale norma non disciplini direttamente la materia del contendere.

Infine l'ordinanza di rimessione si fonda, principalmente, su una dettagliata analisi del tipo di controllo dell'amministrazione nel caso di specie, per sostenere che non sarebbe ivi applicabile la già citata sentenza Teckal, non essendo al riguardo sufficiente il possesso dell'intero capitale della società controllata da parte dell'ente locale.

Anche in questo caso si potrà osservare come il controllo sia stato ravvisato, nella fattispecie, in base a disposizioni e indici del tutto diversi, non ricorrenti nella vicenda all'esame del giudice d'appello.

A conferma di quanto finora affermato, dev'essere rilevato che, in pronunce coeve la stessa Sezione abbia ritenuto perfettamente applicabile il citato art. 113 (cfr. CDS V Sez. 19.2.2004 n. 679; 26.6.2007 n. 4771) e, successivamente, ne ha fatto applicazione altra Sezione (cfr. CDS VI Sez. 25.1.2005 n. 679) pur in casi caratterizzati da ampia applicazione del diritto comunitario, essendo in esame vicende dalle caratteristiche non comparabili a quella che ha dato luogo al rinvio pregiudiziale.

Non può quindi da esso automaticamente dedursi l'illegittimità dell'atto principalmente impugnato.

Dall'infondatezza dei motivi rivolti contro di essi discende il rigetto dell'ulteriore censura di illegittimità derivata contro l'atto ad esso preparatorio e quello ad esso consequenziale.

In conclusione il ricorso dev'essere rigettato.

Sussistono motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale del Friuli Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, lo rigetta.

Dispone la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste, in camera di consiglio, il 30 giugno 2005.

f.to Vincenzo Borea Presidente

f.to Enzo Di Sciascio Estensore

f.to Rita Muto Segretario

Depositata nella segreteria del Tribunale
il 15 luglio 2005

TAR Friuli Venezia Giulia, - Sentenza n. 986 del 12/12/2005

Sui presupposti necessari perché l'ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi.

È da escludersi che una società sia sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte degli enti locali proprietari, analogamente a quanto avrebbero potuto fare con un servizio gestito direttamente, nel caso in cui è previsto da parte degli enti associati un controllo su alcuni aspetti importanti dell'attività svolta dalla società ma solo attraverso l'assemblea degli azionisti ed il consiglio di amministrazione, mancando però un "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato" da parte degli enti nel loro complesso, riguardante "l'insieme dei più importanti atti di gestione". Ciò è tanto più vero se il consiglio di amministrazione detiene amplissimi poteri di gestione, che possono essere gestiti autonomamente.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, nelle persone dei magistrati:

Vincenzo Borea Presidente
Oria Settesoldi Consigliere
Vincenzo Farina Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 132/04 proposto dalla società AMGA-Azienda Multiservizi s.p.a., in persona del Presidente del Consiglio di amministrazione, rappresentata e difesa dall' avv. Angelica Citossi, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia;

contro

il Comune di Faedis, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Piero Zanfagnini e Luca Zanfagnini con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia;

e nei confronti della controinteressata

società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.), in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall' avv. Renato Fusco, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Trieste, Via di Donota n. 3;

per l'annullamento:

1. della deliberazione n. 58 del 15 dicembre 2003 assunta dal Consiglio comunale di Faedis, con la quale è stata affidata direttamente alla società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.) la gestione del servizio di illuminazione pubblica per la durata di anni cinque, con decorrenza dal 1° 1.2004, per il corrispettivo lordo di € 229.075,00 (IVA 20% esclusa);
2. di ogni altro atto precedente o successivo, presupposto o necessario, ancorché non conosciuto, comunque connesso con quello impugnato;

nonché per la risoluzione e/o l'annullamento e/o la declaratoria di nullità e/o di inefficacia

del corrispondente contratto stipulato tra il Comune di Faedis e il CAFC s.p.a.;

e per l'affermazione

dell'obbligo del Comune di Faedis di indire una gara ad evidenza pubblica per la scelta del gestore dell'attività di pubblica illuminazione;

Visto il ricorso, ritualmente notificato e depositato presso la Segreteria generale con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 17.11.2005 la relazione del consigliere Vincenzo Farina ed uditi i difensori delle parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

Il Comune di Faedis (UD) faceva parte del "Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale" (C.A.F.C.).

Il consorzio si è trasformato nel 1993 in azienda speciale consortile in base agli artt. 25 e 60 della legge 8 giugno 1990, n. 142.

Al consorzio, costituito per la gestione di servizi pubblici locali, partecipavano settantuno Comuni della Provincia di Udine (tra cui quello di Faedis) e la Provincia di Udine.

Con "Atto di trasformazione" del 28.12.2000 il consorzio veniva trasformato, con decorrenza 1° 1.2001, in società per azioni "a prevalente capitale pubblico locale", ai sensi dell'art. 22, comma 3, lett. e) della legge n. 142 del 1990.

La denominazione era quella di "CAFC s.p.a."

La partecipazione finanziaria del Comune di Faedis ammontava a €. 883.800.000 (l'1,47305% del capitale sociale), con riferimento al capitale sociale iniziale di 60 miliardi, suddiviso tra gli enti soci (art. 5 del rogito).

L'art. 7 del rogito confermava per un triennio i componenti del consiglio di amministrazione del consorzio trasformato.

Il successivo art. 9 prevedeva la possibilità di individuare "tra i servizi pubblici istituzionalmente affidati alla società quelli da svolgere per specifiche esigenze degli enti locali associati".

Quanto all'oggetto sociale ed alle norme sull'amministrazione della nuova società, l'art. 2 rinviava allo statuto sociale.

Quest'ultimo – per quello che qui rileva – prevede tutta una serie di interventi ("Oggetto": art. 4) nel campo dei servizi pubblici locali (tra cui quello relativo alla illuminazione pubblica: punto f); interventi da effettuarsi anche a favore di terzi (rispetto agli enti associati) ed attraverso moduli operativi ad ampio spettro (partecipazioni finanziarie ad altre società, concessione a terzi, esecuzione di operazioni commerciali, finanziarie, immobiliari, ecc.: art. 4, comma 2, 3, 4, 6, 7).

L'art. 4, comma 5 stabilisce che il consiglio di amministrazione "autorizzi di volta in volta o in linea generale per attività omogenee" l'effettuazione delle attività contemplate dai commi precedenti.

L'art. 9, comma 1 e 2, fissa nella misura del cinquantuno per cento il capitale sociale che deve essere posseduto dai soci di diritto pubblico, mentre il restante quarantanove per cento può essere posseduto anche da soci non di diritto pubblico.

L'art. 10 prevede che siano membri dell'assemblea degli azionisti ope legis i sindaci dei comuni associati ed il presidente della provincia associata.

L'art. 12 stabilisce che l'assemblea ordinaria - in particolare - approva il bilancio e nomina il presidente del consiglio di amministrazione "scelto tra gli amministratori nominati dai soggetti di diritto pubblico".

Questi ultimi nominano i membri del consiglio di amministrazione (composto da un numero variabile da tre a sette: art. 16) in proporzione "all'entità della propria partecipazione" (art. 17, comma 1).

I restanti amministratori sono nominati dall'assemblea (art. 17, comma 4).

L'art. 18, comma 6 attribuisce al consiglio di amministrazione: "tutti i più ampi poteri di amministrazione sia ordinaria che straordinaria della società, salvo quanto espressamente riservato per legge all'assemblea e quanto previsto dal presente statuto".

L'art. 20 stabilisce che il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni, escluse quelle indelegabili per legge e sei attribuzioni di grande rilievo: "piani programma" annuali e pluriennali e budget di esercizio, politica generale degli investimenti e dei prezzi, provvedimenti relativi alla nomina, sospensione e licenziamento del direttore generale, convenzioni ed accordi con i soggetti di diritto pubblico in ordine ai contratti di servizio, mutui, operazioni immobiliari di vario genere (comma 2).

L'art. 25 riserva ai soci di diritto pubblico la nomina del presidente del collegio sindacale (composto dal presidente e da due sindaci effettivi e da due supplenti), di un sindaco effettivo e di un sindaco supplente.

Ciò premesso, con la gravata deliberazione n. 58 del 15 dicembre 2003, il Consiglio comunale di Faedis ha affidato direttamente alla società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.) la gestione del servizio di illuminazione pubblica per la durata di anni cinque, con decorrenza 1°.1.2004, verso un corrispettivo lordo di € 229.075,00 (IVA 20% esclusa).

Contro detta deliberazione insorge in questa sede la società AMGA-Azienda Multiservizi s.p.a., deducendo cinque mezzi.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Faedis e la controinteressata società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.), chiedendo il rigetto del gravame.

Quest'ultimo è stato introitato dal Collegio ed è passato in decisione nella pubblica udienza del 17.11.2005.

In rito, va disattesa l'eccezione con la quale il resistente Comune di Faedis ha dedotto la irricevibilità del gravame per essere stato depositato oltre il termine dimezzato (quindici giorni) stabilito dall'art. 23-bis della legge 21 luglio 2000, n. 205.

Ed invero, il ricorso è stato notificato il 28 febbraio 2004 ed il 1° marzo 2004, rispettivamente al Comune ed alla controinteressata, ed è stato depositato il 16 marzo 2004, ossia entro il termine di quindici giorni dall'ultima notifica (art. 21, comma 2 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificato dall'art. 1 della legge 205 del 2000).

Sgombrato il campo dalla eccezione comunale ed entrando nel merito del ricorso, il Collegio osserva – in via assorbente – che coglie nel segno, in parte qua, il quarto motivo.

Con esso l'istante denuncia la violazione dell'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326.

Il nucleo argomentativo centrale del mezzo ruota intorno alla considerazione che nel caso di specie difetta sia il requisito del controllo "analogo a quello esercitato sui propri servizi" da parte dell'intimato Comune sulla controinteressata "CAFC s.p.a", che quello della realizzazione, ad opera di quest'ultima, della parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano: requisiti entrambi contemplati dall'art. 113, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 267 del 2000.

Non ricorrendo le suddette condizioni – conclude l'istante – il servizio di illuminazione pubblica andava affidato mediante una gara ad evidenza pubblica, e non già mediante l'affidamento diretto (c.d. affidamento "in house providing").

È d'uopo prendere le mosse dalla normativa di riferimento.

L'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, così recita:

“Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

1. Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Restano esclusi dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79, e 23 maggio 2000, n. 164.

1-bis. Le disposizioni del presente articolo non si applicano al settore del trasporto pubblico locale che resta disciplinato dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni.

2. Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13.

2-bis. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli impianti di trasporti a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane.

3. Le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi. È, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi.

4. Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:

a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;

b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7.

5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

5-bis. Le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio.

[.....]”.

5-ter. In ogni caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non sia stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori di cui ai precedenti commi provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia nei limiti di cui all'articolo 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e all'articolo 143 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554. [.....]

6. Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate,

alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4. [...]”.

Il Collegio osserva che la impugnata deliberazione n. 58 del 15 dicembre 2003 assunta dal Consiglio comunale di Faedis, con la quale è stata affidata direttamente alla società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.) la gestione del servizio di illuminazione pubblica per la durata di anni cinque, non può dirsi rispettosa dell'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, né, tampoco, può dirsi conforme ai principi espressi in materia dalla Corte di Giustizia della Comunità europea (Cfr., in particolare, Corte di giustizia C.E. 18 novembre 1999, causa C - 107/98; Corte di giustizia n. 349 - 8 maggio 2003), secondo cui è legittimo l'affidamento di un servizio in house providing purchè l'Ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, e che, allo stesso tempo, quest'ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l'ente o gli enti territoriali che lo controllano.

Si è visto che l'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 stabilisce che l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio “a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.

Quanto alla pronuncia pregiudiziale 18 novembre 1999 adottata in causa 107/98, Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano, di cui si è testè fatto cenno, era stato chiesto se, a norma della Direttiva CEE 93/36, doveva farsi luogo alla procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico di fornitura, considerando che era stato prescelto con trattativa diretta un soggetto consortile cui l'Amministrazione committente partecipava con proprio capitale.

La Corte (punto 50) ha affermato che, essendo il Comune amministrazione aggiudicatrice a norma dell'art. 1 lett. a) della Direttiva 93/36 CEE, la relativa normativa doveva essere applicata: quindi occorre bandire una gara, se, secondo la valutazione del giudice a quo, si trattava di due soggetti distinti tra i quali si era concluso un contratto configurabile come appalto. “Può avvenire diversamente - ha soggiunto la Corte - solo nel caso in cui, nel contempo, l'Ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello che da esso esercitato sui propri servizi, e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti locali che la controllano.”.

Circa il concetto di “controllo analogo”, la Corte aveva avvertito che deve trattarsi di “un rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione”.

Questa conclusione è stata ribadita dal recente arresto della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03, secondo il quale, in particolare: “[...] deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti. [...]”

Nel solco di questo indirizzo giurisprudenziale la Commissione europea, sin dalla nota del 16 giugno 2002, sottolineava che non era sufficiente, al fine di individuare il presupposto del “controllo analogo”, il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario, posto che il soggetto partecipato, in relazione ai più importanti atti di gestione, deve configurarsi solo formalmente come entità distinta dall'amministrazione, dovendo, invece, essere concretamente parte della stessa.

In ambito nazionale, sia pure con sfumature diverse, ovviamente dettate dalla particolarità delle fattispecie (anche in relazione alla specifica legislazione domestica) la giurisprudenza ha seguito e confermato l'indirizzo europeo.

In questo contesto è stato puntualizzato che il soggetto gestore si attegga ad una sorta di longa manus dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo;

deve, in altri termini, trattarsi di una sorta di amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio resta saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente sull'attività della società affidataria: la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo (Cfr., ex pluribus, Cons. St., VI, 25 gennaio 2005, n. 168; T.A.R. Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Campania, 30 marzo 2005, n. 2784, ove si parla di "controllo assoluto" da parte dell'ente concedente).

Venendo al caso di cui alla presente controversia, si è visto che il Comune di Faedis (UD) faceva parte del "Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale" (C.A.F.C.).

Il consorzio si è trasformato nel 1993 in azienda speciale consortile in base agli artt. 25 e 60 della legge 8 giugno 1990, n. 142.

Al consorzio, costituito per la gestione di servizi pubblici locali, partecipavano settantuno Comuni della Provincia di Udine (tra cui quello di Faedis) e la Provincia di Udine.

Con "Atto di trasformazione" del 28.12.2000 il consorzio veniva, per l'appunto, trasformato, con decorrenza 1°.1.2001, in società per azioni "a prevalente capitale pubblico locale", ai sensi dell'art. 22, comma 3, lett. e) della legge n. 142 del 1990.

La denominazione era quella di "CAFC s.p.a."

La partecipazione finanziaria del Comune di Faedis ammontava a €. 883.800.000 (l'1,47305% del capitale sociale), con riferimento al capitale sociale iniziale di 60 miliardi, suddiviso tra gli enti soci (art. 5 del rogito).

L'art. 7 del rogito confermava per un triennio i componenti del consiglio di amministrazione del consorzio trasformato.

Il successivo art. 9 prevedeva la possibilità di individuare "tra i servizi pubblici istituzionalmente affidati alla società quelli da svolgere per specifiche esigenze degli enti locali associati".

Quanto all'oggetto sociale ed alle norme sull'amministrazione della nuova società, l'art. 2 rinviava allo statuto sociale.

Quest'ultimo – per quello che qui rileva – prevede tutta una serie di interventi ("Oggetto": art. 4) nel campo dei servizi pubblici locali (tra cui quello relativo alla illuminazione pubblica: punto f); interventi da effettuarsi anche a favore di terzi (rispetto agli enti associati) ed attraverso moduli operativi ad ampio spettro (partecipazioni finanziarie ad altre società, concessione a terzi, esecuzione di operazioni commerciali, finanziarie, immobiliari, ecc.: v. art. 4, comma 2, 3, 4, 6, 7).

L'art. 4, comma 5 stabilisce che il consiglio di amministrazione "autorizzi di volta in volta o in linea generale per attività omogenee" l'effettuazione delle attività contemplate dai commi precedenti.

L'art. 9, comma 1 e 2, fissa nella misura del cinquantuno per cento il capitale sociale che deve essere posseduto dai soci di diritto pubblico, mentre il restante quarantanove per cento può essere posseduto anche da soci non di diritto pubblico.

L'art. 10 prevede che siano membri ope legis dell'assemblea degli azionisti i sindaci dei comuni associati ed il presidente della provincia associata.

L'art. 12 stabilisce che l'assemblea ordinaria - in particolare - approva il bilancio e nomina il presidente del consiglio di amministrazione "scelto tra gli amministratori nominati dai soggetti di diritto pubblico".

Questi ultimi, a loro volta, nominano i membri del consiglio di amministrazione (composto da un numero variabile da tre a sette: art. 16) in proporzione "all'entità della propria partecipazione" (art. 17, comma 1).

I restanti amministratori sono nominati dall'assemblea (art. 17, comma 4).

L'art. 18, comma 6 attribuisce al consiglio di amministrazione: "tutti i più ampi poteri di amministrazione sia ordinaria che straordinaria della società, salvo quanto espressamente riservato per legge all'assemblea e quanto previsto dal presente statuto".

L'art. 20 stabilisce che il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni, escluse quelle indelegabili per legge e sei attribuzioni di grande rilievo: "piani programma" annuali e pluriennali e budget di esercizio, politica generale degli investimenti e dei prezzi, provvedimenti relativi alla nomina, sospensione e licenziamento del direttore generale, convenzioni ed accordi con i soggetti di diritto pubblico in ordine ai contratti di servizio, mutui, operazioni immobiliari di vario genere (comma 2).

L'art. 25 riserva ai soci di diritto pubblico la nomina del presidente del collegio sindacale (composto dal presidente e da due sindaci effettivi e da due supplenti), di un sindaco effettivo e di un sindaco supplente.

Ora, dall' esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società controinteressata è da escludersi – ictu oculi - che essa sia sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune intimato – nei termini paradigmatici di cui si è detto sopra - analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente.

Basti osservare che, soprattutto a fronte di un oggetto sociale aperto ad interventi di grande spessore e di ampio respiro (Cfr. per un caso analogo, Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03, cit.), è in buona sostanza previsto da parte degli enti associati, ma solo attraverso l'assemblea degli azionisti ed il consiglio di amministrazione, un controllo su alcuni aspetti importanti dell'attività svolta dalla CAFC (v. , in particolare, gli artt. 12 e 20); però manca un "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato" da parte degli enti nel loro complesso, riguardante "l'insieme dei più importanti atti di gestione".

Ciò è tanto più vero se si considerano gli amplissimi poteri di gestione del consiglio di amministrazione (art. 18 dello statuto), che possono essere gestiti autonomamente (Cfr. sul punto, ancora, la sentenza della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03).

Ma, quello che più conta, è che non è ravvisabile "un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione" del Comune di Faedis sull' attività del soggetto partecipato e che riguarda i più importanti atti di gestione.

Non può sostenersi, quindi, che il soggetto gestore, cioè la CAFC, si atteggi ad una sorta di longa manus dell'affidante nell'ambito di una amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio resti saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente.

In realtà, il Comune di Faedis – al pari degli altri soggetti associati – a parte il controllo indiretto di cui si parlato più sopra, ha una rappresentanza diretta (attraverso la figura del sindaco: art. 10 dello statuto) solo in seno alla assemblea degli azionisti; ha, poi, un ruolo nella nomina degli amministratori nel contesto dello speciale meccanismo elettorale disciplinato dall'art. 17 dello statuto.

Tutto ciò – de plano – non significa, però, che il Comune di Faedis possieda quell' "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato", con riguardo ai più importanti atti di gestione della CAFC.

Oltretutto, come si è visto, la Commissione europea - sin dalla nota del 16 giugno 2002 - ha avvertito che non è sufficiente, al fine di individuare il presupposto del "controllo analogo", il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario, posto che il soggetto partecipato, in relazione ai più importanti atti di gestione, deve configurarsi solo formalmente come entità distinta dall'amministrazione, dovendo, invece, concretamente essere parte della stessa.

Inoltre, come ha stabilito la ripetuta sentenza della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03, la circostanza che il Comune possa designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione, non è risolutivo per stabilire l'esistenza di un penetrante controllo gestionale da parte del Comune stesso.

Nel caso di specie neppure questa maggioranza è statutariamente assicurata (art. 17).

In realtà, il tipo di controllo di cui si sta parlando avrebbe potuto consistere - per esempio - seguendo il modus operandi prefigurato da questo T.A.R., 15 luglio 2005, n. 634:

nella consultazione tra gli enti associati circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, circa il suo andamento generale, e, soprattutto, circa le concrete scelte operative: con audizione, da disporsi con una frequenza ragionevole, del Presidente e del Direttore generale;

nelle modifiche dello Statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;

nel consenso degli enti associati all'eventuale esercizio delle attività contemplate dall'art. 4, commi dal 2 al 7 dello statuto;

nel controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità della gestione, con successiva relazione all'Assemblea degli azionisti, ovvero in ispezioni dirette da parte dei soci.

Un siffatto tipo di controllo si sarebbe potuto prevedere attraverso il meccanismo della convenzione tra tutti gli enti associati ex art. 30 del D. Lgs. 267 del 2000 (Cfr. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, testè richiamata), che appare uno strumento idoneo a realizzare la condizione del "controllo analogo", voluta dall'ordinamento europeo e nazionale, da parte di una pluralità di enti.

Così però non è stato.

Va soggiunto, quanto meno sotto forma di obiter dictum - posto che il relativo rilievo non ha formato oggetto di una chiara specifica censura nel gravame originario, ma solo nella memoria del 10.11.2005 - che il CAFC non può considerarsi a capitale interamente pubblico (come previsto dall'art. 113, comma 5, lett. c), prevedendo lo statuto una possibile partecipazione di privati nella misura del 49% del capitale sociale (art. 9, comma 2).

Orunque, sotto il profilo considerato - assorbite le altre censure - il gravame va accolto e l'impugnata deliberazione 58 del 15 dicembre 2003 assunta dal Consiglio comunale di Faedis va caducata.

Vanno dichiarate, invece, inammissibili le domande attoree volte ad ottenere la risoluzione e/o l'annullamento e/o la declaratoria di nullità e/o di inefficacia del corrispondente contratto stipulato tra il Comune di Faedis e il CAFC s.p.a., nonché l'affermazione dell'obbligo del Comune di Faedis di indire una gara ad evidenza pubblica per la scelta del gestore dell'attività di pubblica illuminazione.

Trattasi di pronunce che esulano dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: gli artt. 6 e 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 limitano, infatti, l'ambito di giurisdizione esclusiva ai soli provvedimenti inerenti alla procedura di affidamento degli appalti (con conseguente, implicita, esclusione della cognizione di tutti gli atti successivi alla sua conclusione, ivi compreso il contratto).

Quanto alla affermazione dell'obbligo del Comune di Faedis di indire una gara ad evidenza pubblica per la scelta del gestore dell'attività di pubblica illuminazione, va ricordato che la condanna dell'amministrazione ad un *facere* - perché questa è in sostanza la richiesta attorea - è da ritenersi circoscritta alle limitate ipotesi del rito speciale sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 25, comma 6, legge 7 agosto 1990, n. 241) e sul silenzio (art. 21-bis, comma 2, legge 1034/1971).

Può aggiungersi, riguardo all'annullamento del contratto chiesto dalla ricorrente, che, com'è noto, la questione, che rivela profili di grande complessità per l'evidente commistione di aspetti pubblicistici e privatistici ravvisabili nella sequenza che connette la fase procedimentale di scelta del contraente a quella, propriamente negoziale, della conclusione dell'accordo, ha impegnato per anni dottrina e giurisprudenza: esse hanno indicato soluzioni assai diversificate tra loro (la questione è stata, da ultimo, sottoposta alla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza della quarta sezione, 3355/04 del 21 maggio 2004).

Da un lato, si sostiene la *sumsumibilità* della patologia del contratto nello schema dell'annullabilità relativa ex art. 1441 c.c.; dall'altro si propende per la nullità del vincolo negoziale e per la conseguente soggezione dello stesso al regime di cui agli artt. 1421 ss. c.c.; secondo la terza opzione ermeneutica si realizzerebbe un effetto caducante automatico; infine, autorevole dottrina e recenti arresti giurisprudenziali affermano l'inefficacia del vincolo negoziale.

Senza, ovviamente, voler affrontare la tematica ex professo, pare al Collegio che prima facie la soluzione più persuasiva, e sostanzialmente collimante con la conclusione di cui si è detto circa i poteri ordinamentali del T.A.R. in questa materia, sia quella indicata dal Consiglio di Stato, VI sezione, 5 maggio 2003, n. 2332 e 30 maggio 2003, n. 2992: essa ha ricondotto la fattispecie allo schema della caducazione automatica, che comporta la necessaria ed immediata cessazione dell'efficacia del contratto ex tunc per il solo effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione (senza bisogno, cioè, di pronunce costitutive), sulla base del rilievo della sussistenza di una connessione funzionale tra la sequenza procedimentale pubblicistica e la conseguente stipula del contratto: il che implica, in analogia alle fattispecie privatistiche del collegamento negoziale, la caducazione del negozio dipendente nel caso di annullamento di quello presupposto.

In conclusione, alla stregua delle complessive argomentazioni che precedono, il ricorso va in parte dichiarato inammissibile e in parte va accolto, con il conseguenziale annullamento dell'atto impugnato.

Le spese del giudizio possono venire compensate, sussistendone le giuste ragioni.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione,

in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo accoglie, e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato, meglio indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste, in camera di consiglio, il 17.11.2005.

f.to Vincenzo Borea Presidente

f.to Vincenzo Farina Estensore

f.to Erica Bonanni Segretario

Depositata nella segreteria del Tribunale

il 12 dicembre 2005

TAR Friuli Venezia Giulia – Sentenza n. 576 del 30/8/2006

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, nelle persone dei magistrati:

Vincenzo Borea Presidente
Oria Settesoldi Consigliere
Vincenzo Farina Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 11/2006 proposto dal Consorzio per l'acquedotto del Friuli Centrale – C.A.F.C. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luca Ponti, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale di questo Tribunale;

contro

il Comune di San Daniele del Friuli, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Genaro Terracciano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Federico Rosati, in Trieste Via Donata n. 3;

e nei confronti della controinteressata società CID s.r.l. in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

- previa sospensione dell'esecuzione – della determinazione del Responsabile del Procedimento n. 202 del 15 dicembre 2005, con la quale indicevasi gara mediante procedura negoziata, cottimo fiduciario, a mente dell'art. 4, comma 2, lett. c) della legge regionale 12 del 2003, per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione, conduzione e controllo degli impianti di depurazione esistenti sul territorio comunale, nonché:
- della lettera di invito prot. 30523 del 16 dicembre 2005;
- del capitolato speciale d'appalto;

Visto il ricorso, ritualmente notificato e depositato presso la Segreteria generale con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Visti i motivi aggiunti notificati il 6.2.2006, con i quali è stato chiesto l'annullamento:

- della nota del Segretario comunale di San Daniele del Friuli n. 30456 del 15.12.2005, richiamata nella determinazione del Responsabile del Procedimento n. 202 del 15 dicembre 2005;
- del verbale di gara del 28.2.2005;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del servizio di gestione tecnico-operativa degli impianti di trattamento delle acque reflue per l'anno 2006 alla controinteressata società CID s.r.l.;
- della determinazione del Responsabile del Procedimento n. 205 del 29.12.2005, con la quale è stato approvato il verbale di gara del 28.2.2005, con conseguente affidamento dell'incarico alla controinteressata società CID s.r.l.;

- di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti;

Visti i motivi aggiunti depositati il 6.7.2006, con i quali sono stati dedotti nuovi mezzi avverso la gravata nota del Segretario comunale di San Daniele del Friuli n. 30456 del 15.12.2005, richiamata nella determinazione del Responsabile del Procedimento n. 202 del 15 dicembre 2005;

e per la conseguente declaratoria

della nullità del contratto nelle more eventualmente stipulato dal Comune di San Daniele del Friuli con la controinteressata società CID s.r.l.;

Data per letta alla pubblica udienza del 26.7.2006 la relazione del consigliere Vincenzo Farina ed uditi i difensori delle parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

L'intimato Comune di San Daniele del Friuli, con determinazione n. 202 del 15.12.2005, ha indetto una gara mediante procedura negoziata, a mente dell'art. 4, comma 2, lett. c) della legge regionale 12 del 2003, nonché dell'art. 5, comma 1 del D.P.R. n. 384/2001 (cottimo fiduciario), per la gestione tecnico-operativa degli impianti di trattamento delle acque reflue per l'anno 2006.

L'importo a base di gara era di € 27.000,00 (IVA esclusa).

Con lettera di invito prot. 30523 del 16 dicembre 2005 venivano invitate sette imprese, tra cui la ricorrente.

Quest'ultima, dopo aver contestato per iscritto la presunta illegittimità della procedura e reclamato l'affidamento diretto del servizio, non presentava alcuna offerta.

La gara veniva, quindi, esperita e si concludeva con l'aggiudicazione del servizio alla controinteressata società CID s.r.l.

Il nucleo argomentativo centrale del ricorso, articolato su cinque mezzi, ruota intorno alla considerazione che il servizio relativo alla gestione tecnico-operativa degli impianti di trattamento delle acque reflue per l'anno 2006 andava affidato mediante affidamento diretto (c.d. affidamento "in house providing") alla società istante, costituita per svolgere (tra l'altro) questo tipo di attività (ossia la gestione tecnico-operativa degli impianti di trattamento delle acque reflue), ai sensi dell'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, e non mediante una gara ad evidenza pubblica, come di fatto avvenuto.

Se il Comune intimato – aggiunge la deducente – avesse inteso orientarsi diversamente, avrebbe dovuto darne contezza con una puntuale deliberazione consiliare; trattasi, comunque, di una scelta collidente con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione, nonché con la normativa regionale in materia di sistema idrico integrato (legge regionale 13 del 2005).

La ricorrente assume, poi, la illegittimità del termine di dieci giorni fissato al 27.12.2005 per la presentazione delle offerte, stabilito dal Responsabile del Procedimento nella lettera di invito del 16.12.2005, in quanto non avrebbe tenuto conto dei soli giorni lavorativi, avendo compreso anche quelli festivi (25 e 26 dicembre).

Con i motivi aggiunti notificati il 6.2.2006 è stato chiesto l'annullamento:

- della nota del Segretario comunale di San Daniele del Friuli n. 30456 del 15.12.2005, richiamata nella determinazione del Responsabile del Procedimento n. 202 del 15 dicembre 2005;
- del verbale di gara del 28.2.2005;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del servizio di gestione tecnico-operativa degli impianti di trattamento delle acque reflue per l'anno 2006 alla controinteressata società CID s.r.l.;
- della determinazione del Responsabile del Procedimento n. 205 del 29.12.2005, con la quale è stato approvato il verbale di gara del 28.2.2005, con conseguente affidamento dell'incarico alla controinteressata società CID s.r.l.;

- di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti.

Con i motivi aggiunti depositati il 6.7.2006 sono stati dedotti nuovi mezzi avverso la gravata nota del Segretario comunale di San Daniele del Friuli n. 30456 del 15.12.2005, richiamata nella determinazione del Responsabile del Procedimento n. 202 del 15 dicembre 2005;

Si è costituito in giudizio il Comune di San Daniele del Friuli, chiedendo il rigetto del gravame e dei motivi aggiunti.

Il ricorso è stato introitato dal Collegio ed è passato in decisione nella pubblica udienza del 7.6.2006.

La accertata infondatezza nel merito del ricorso esime il Collegio dal prendere in esame la eccezione di inammissibilità del medesimo, sollevata dal Comune resistente, per non essersi gravata la ricorrente avverso gli atti di gara.

Come si è detto, il nucleo argomentativo centrale del ricorso, articolato su cinque mezzi, ruota intorno alla considerazione che il servizio relativo alla gestione tecnico-operativa degli impianti di trattamento delle acque reflue per l'anno 2006 andava affidato mediante affidamento diretto (c.d. affidamento "in house providing") alla società istante, costituita per svolgere (tra l'altro) questo tipo di attività (ossia la gestione tecnico-operativa degli impianti di trattamento delle acque reflue), ai sensi dell'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, e non mediante una gara ad evidenza pubblica, come di fatto avvenuto.

Se il Comune intimato – aggiunge la deducente – avesse inteso orientarsi diversamente, avrebbe dovuto darne contezza con una puntuale deliberazione consiliare; trattasi, comunque, di una scelta collidente con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione, nonché con la normativa regionale in materia di sistema idrico integrato (legge regionale 13 del 2005).

La ricorrente assume, poi, la illegittimità del termine di dieci giorni fissato al 27.12.2005 per la presentazione delle offerte e stabilito dal Responsabile del Procedimento nella lettera di invito del 16.12.2005, in quanto non avrebbe tenuto conto dei soli giorni lavorativi, avendo compreso anche quelli festivi (25 e 26 dicembre).

Quanto alla prima questione sollevata dall'istante – che riveste nell'economia del ricorso natura oggettivamente prevalente – il Collegio osserva che, con la sentenza di questo Tribunale 12 dicembre 2005, n. 986, è stata esclusa la giuridica possibilità di un affidamento diretto di un servizio proprio della ricorrente società "CAFC s.p.a" da parte di uno dei Comuni associati – come è il caso del ricorrente Comune di San Daniele del Friuli – che detengono partecipazioni sociali della stessa società.

Più specificatamente, va detto che nel caso di cui alla attuale controversia difetta sia il requisito del controllo "analogo a quello esercitato sui propri servizi" da parte dell'intimato Comune sulla ricorrente società "CAFC s.p.a", che quello della realizzazione, ad opera di quest'ultima, della parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano: requisiti entrambi contemplati dall'art. 113, comma 5, lett. c) del D. Lgs. 267 del 2000.

Non solo.

Il CAFC non può considerarsi a capitale interamente pubblico (come stabilito dall'art. 113, comma 5, lett. c) testè richiamato), prevedendo lo statuto una possibile partecipazione di privati nella misura del 49% del capitale sociale (art. 9, comma 2).

Non ricorrendo le suddette condizioni, il servizio relativo alla gestione tecnico-operativa degli impianti di trattamento delle acque reflue è stato del tutto legittimamente – anzi, doverosamente – affidato mediante una gara ad evidenza pubblica, e non già mediante l'affidamento diretto (c.d. affidamento "in house providing").

Vanno riproposte – mutatis mutandis – le considerazioni svolte da questo Tribunale con la sentenza 12 dicembre 2005, n. 986, riguardante un caso del tutto analogo: quello del Comune di Faedis (UD).

Essa così si esprime nelle parti che qui rilevano:

“Il Comune di Faedis (UD) faceva parte del “Consorzio per l’Acquedotto del Friuli Centrale” (C.A.F.C.).

Il consorzio si è trasformato nel 1993 in azienda speciale consortile in base agli artt. 25 e 60 della legge 8 giugno 1990, n. 142.

Al consorzio, costituito per la gestione di servizi pubblici locali, partecipavano settantuno Comuni della Provincia di Udine (tra cui quello di Faedis) e la Provincia di Udine.

Con “Atto di trasformazione” del 28.12.2000 il consorzio veniva trasformato, con decorrenza 1°1.2001, in società per azioni “a prevalente capitale pubblico locale”, ai sensi dell’art. 22, comma 3, lett. e) della legge n. 142 del 1990.

La denominazione era quella di “CAFC s.p.a.”.

La partecipazione finanziaria del Comune di Faedis ammontava a €. 883.800.000 (l’1,47305% del capitale sociale), con riferimento al capitale sociale iniziale di 60 miliardi, suddiviso tra gli enti soci (art. 5 del rogito).

L’art. 7 del rogito confermava per un triennio i componenti del consiglio di amministrazione del consorzio trasformato.

Il successivo art. 9 prevedeva la possibilità di individuare “tra i servizi pubblici istituzionalmente affidati alla società quelli da svolgere per specifiche esigenze degli enti locali associati”.

Quanto all’oggetto sociale ed alle norme sull’amministrazione della nuova società, l’art. 2 rinviava allo statuto sociale.

Quest’ultimo – per quello che qui rileva – prevede tutta una serie di interventi (“Oggetto”: art. 4) nel campo dei servizi pubblici locali (tra cui quello relativo alla illuminazione pubblica: punto f); interventi da effettuarsi anche a favore di terzi (rispetto agli enti associati) ed attraverso moduli operativi ad ampio spettro (partecipazioni finanziarie ad altre società, concessione a terzi, esecuzione di operazioni commerciali, finanziarie, immobiliari, ecc.: art. 4, comma 2, 3, 4, 6, 7).

L’art. 4, comma 5 stabilisce che il consiglio di amministrazione “autorizzi di volta in volta o in linea generale per attività omogenee” l’effettuazione delle attività contemplate dai commi precedenti.

L’art. 9, comma 1 e 2, fissa nella misura del cinquantuno per cento il capitale sociale che deve essere posseduto dai soci di diritto pubblico, mentre il restante quarantanove per cento può essere posseduto anche da soci non di diritto pubblico.

L’art. 10 prevede che siano membri dell’assemblea degli azionisti ope legis i sindaci dei comuni associati ed il presidente della provincia associata.

L’art. 12 stabilisce che l’assemblea ordinaria - in particolare - approva il bilancio e nomina il presidente del consiglio di amministrazione “scelto tra gli amministratori nominati dai soggetti di diritto pubblico”.

Questi ultimi nominano i membri del consiglio di amministrazione (composto da un numero variabile da tre a sette: art. 16) in proporzione “all’entità della propria partecipazione” (art. 17, comma 1).

I restanti amministratori sono nominati dall’assemblea (art. 17, comma 4).

L’art. 18, comma 6 attribuisce al consiglio di amministrazione: “tutti i più ampi poteri di amministrazione sia ordinaria che straordinaria della società, salvo quanto espressamente riservato per legge all’assemblea e quanto previsto dal presente statuto”.

L’art. 20 stabilisce che il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni, escluse quelle indelegabili per legge e sei attribuzioni di grande rilievo: “piani programma” annuali e pluriennali e budget di esercizio, politica generale degli investimenti e dei prezzi, provvedimenti relativi alla nomina, sospensione e licenziamento del direttore generale, convenzioni ed accordi con i soggetti di diritto pubblico in ordine ai contratti di servizio, mutui, operazioni immobiliari di vario genere (comma 2).

L’art. 25 riserva ai soci di diritto pubblico la nomina del presidente del collegio sindacale (composto dal presidente e da due sindaci effettivi e da due supplenti), di un sindaco effettivo e di un sindaco supplente.

Ciò premesso, con la gravata deliberazione 58 del 15 dicembre 2003, il Consiglio comunale di Faedis ha affidato direttamente alla società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.) la gestione del servizio di illuminazione pubblica per la durata di anni cinque, con decorrenza 1°.1.2004, verso un corrispettivo lordo di € 229.075,00 (IVA 20% esclusa).

Contro detta deliberazione insorge in questa sede la società AMGA-Azienda Multiservizi s.p.a., deducendo cinque mezzi.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Faedis e la controinteressata

società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.), chiedendo il rigetto del gravame.

Quest'ultimo è stato introitato dal Collegio ed è passato in decisione nella pubblica udienza del 17.11.2005.

In rito, va disattesa l'eccezione con la quale il resistente Comune di Faedis ha dedotto la irricevibilità del gravame per essere stato depositato oltre il termine dimezzato (quindici giorni) stabilito dall'art. 23-bis della legge 21 luglio 2000, n. 205.

Ed invero, il ricorso è stato notificato il 28 febbraio 2004 ed il 1° marzo 2004, rispettivamente al Comune ed alla controinteressata, ed è stato depositato il 16 marzo 2004, ossia entro il termine di quindici giorni dall'ultima notifica (art. 21, comma 2 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificato dall'art. 1 della legge 205 del 2000).

Sgombrato il campo dalla eccezione comunale ed entrando nel merito del ricorso, il Collegio osserva – in via assorbente – che coglie nel segno, in parte qua, il quarto motivo.

Con esso l'istante denuncia la violazione dell'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326.

Il nucleo argomentativo centrale del mezzo ruota intorno alla considerazione che nel caso di specie difetta sia il requisito del controllo "analogo a quello esercitato sui propri servizi" da parte dell'intimato Comune sulla controinteressata "CAFC s.p.a", che quello della realizzazione, ad opera di quest'ultima, della parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano: requisiti entrambi contemplati dall'art. 113, comma 5, lett. c) del D. Lgs. 267 del 2000.

Non ricorrendo le suddette condizioni – conclude l'istante – il servizio di illuminazione pubblica andava affidato mediante una gara ad evidenza pubblica, e non già mediante l'affidamento diretto (c.d. affidamento "in house providing").

È d'uopo prendere le mosse dalla normativa di riferimento.

L'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, così recita:

"Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

1. Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Restano esclusi dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79, e 23 maggio 2000, n. 164.

1-bis. Le disposizioni del presente articolo non si applicano al settore del trasporto pubblico locale che resta disciplinato dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni.

2. Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13.

2-bis. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli impianti di trasporti a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane.

3. Le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi. È, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi.

4. Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:

a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;

b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7.

5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

5-bis. Le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio.

[.....].”.

5-ter. In ogni caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non sia stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori di cui ai precedenti commi provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia nei limiti di cui all'articolo 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e all'articolo 143 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554. [.....]

6. Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4. [.....].”.

Il Collegio osserva che la impugnata deliberazione 58 del 15 dicembre 2003 assunta dal Consiglio comunale di Faedis, con la quale è stata affidata direttamente alla società s.p.a. Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale (C.A.F.C.) la gestione del servizio di illuminazione pubblica per la durata di anni cinque, non può dirsi rispettosa dell'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, né, tampoco, può dirsi conforme ai principi espressi in materia dalla Corte di Giustizia della Comunità europea (Cfr., in particolare, Corte di giustizia C.E. 18 novembre 1999, causa C - 107/98; Corte di giustizia n. 349 - 8 maggio 2003), secondo cui è legittimo l'affidamento di un servizio in house providing purchè l'Ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, e che, allo stesso tempo, quest'ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l'ente o gli enti territoriali che lo controllano.

Si è visto che l'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 stabilisce che l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio "a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

Quanto alla pronuncia pregiudiziale 18 novembre 1999 adottata in causa 107/98, Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano, di cui si è testè fatto cenno, era stato chiesto se, a norma della Direttiva CEE 93/36, doveva farsi luogo alla procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico di fornitura, considerando che era stato prescelto con trattativa diretta un soggetto consortile cui l'Amministrazione committente partecipava con proprio capitale.

La Corte (punto 50) ha affermato che, essendo il Comune amministrazione aggiudicatrice a norma dell'art. 1 lett. a) della Direttiva 93/36 CEE, la relativa normativa doveva essere applicata: quindi occorre bandire una gara, se, secondo la valutazione del giudice a quo, si trattava di due soggetti distinti tra i quali si era concluso un contratto configurabile come appalto. "Può avvenire diversamente - ha soggiunto la Corte - solo nel caso in cui, nel contempo, l'Ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello che da esso esercitato sui propri servizi, e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti locali che la controllano".

Circa il concetto di "controllo analogo", la Corte aveva avvertito che deve trattarsi di "un rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione".

Questa conclusione è stata ribadita dal recente arresto della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03, secondo il quale, in particolare: "[...] deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti. [...]"

Nel solco di questo indirizzo giurisprudenziale la Commissione europea, sin dalla nota del 16 giugno 2002, sottolineava che non era sufficiente, al fine di individuare il presupposto del "controllo analogo", il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario, posto che il soggetto partecipato, in relazione ai più importanti atti di gestione, deve configurarsi solo formalmente come entità distinta dall'amministrazione, dovendo, invece, essere concretamente parte della stessa.

In ambito nazionale, sia pure con sfumature diverse, ovviamente dettate dalla particolarità delle fattispecie (anche in relazione alla specifica legislazione domestica) la giurisprudenza ha seguito e confermato l'indirizzo europeo.

In questo contesto è stato puntualizzato che il soggetto gestore si attegga ad una sorta di *longa manus* dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo; deve, in altri termini, trattarsi di una sorta di amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio resta saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente sull'attività della società affidataria: la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo (Cfr., *ex pluribus*, Cons. St., VI, 25 gennaio 2005, n. 168; T.A.R. Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Campania, 30 marzo 2005, n. 2784, ove si parla di "controllo assoluto" da parte dell'ente concedente).

Venendo al caso di cui alla presente controversia, si è visto che il Comune di Faedis (UD) faceva parte del "Consorzio per l'Acquedotto del Friuli Centrale" (C.A.F.C.).

Il consorzio si è trasformato nel 1993 in azienda speciale consortile in base agli artt. 25 e 60 della legge 8 giugno 1990, n. 142.

Al consorzio, costituito per la gestione di servizi pubblici locali, partecipavano settantuno Comuni della Provincia di Udine (tra cui quello di Faedis) e la Provincia di Udine.

Con "Atto di trasformazione" del 28.12.2000 il consorzio veniva, per l'appunto, trasformato, con decorrenza 1°.1.2001, in società per azioni "a prevalente capitale pubblico locale", ai sensi dell'art. 22, comma 3, lett. e) della legge n. 142 del 1990.

La denominazione era quella di "CAFC s.p.a."

La partecipazione finanziaria del Comune di Faedis ammontava a €. 883.800.000 (l'1,47305% del capitale sociale), con riferimento al capitale sociale iniziale di 60 miliardi, suddiviso tra gli enti soci (art. 5 del rogito).

L'art. 7 del rogito confermava per un triennio i componenti del consiglio di amministrazione del consorzio trasformato.

Il successivo art. 9 prevedeva la possibilità di individuare "tra i servizi pubblici istituzionalmente affidati alla società quelli da svolgere per specifiche esigenze degli enti locali associati".

Quanto all'oggetto sociale ed alle norme sull'amministrazione della nuova società, l'art. 2 rinviava allo statuto sociale.

Quest'ultimo – per quello che qui rileva – prevede tutta una serie di interventi ("Oggetto": art. 4) nel campo dei servizi pubblici locali (tra cui quello relativo alla illuminazione pubblica: punto f); interventi da effettuarsi anche a favore di terzi (rispetto agli enti associati) ed attraverso moduli operativi ad ampio spettro (partecipazioni finanziarie ad altre società, concessione a terzi, esecuzione di operazioni commerciali, finanziarie, immobiliari, ecc.: v. art. 4, comma 2, 3, 4, 6, 7).

L'art. 4, comma 5 stabilisce che il consiglio di amministrazione "autorizzi di volta in volta o in linea generale per attività omogenee" l'effettuazione delle attività contemplate dai commi precedenti.

L'art. 9, comma 1 e 2, fissa nella misura del cinquantuno per cento il capitale sociale che deve essere posseduto dai soci di diritto pubblico, mentre il restante quarantanove per cento può essere posseduto anche da soci non di diritto pubblico.

L'art. 10 prevede che siano membri ope legis dell'assemblea degli azionisti i sindaci dei comuni associati ed il presidente della provincia associata.

L'art. 12 stabilisce che l'assemblea ordinaria - in particolare - approva il bilancio e nomina il presidente del consiglio di amministrazione "scelto tra gli amministratori nominati dai soggetti di diritto pubblico".

Questi ultimi, a loro volta, nominano i membri del consiglio di amministrazione (composto da un numero variabile da tre a sette: art. 16) in proporzione "all'entità della propria partecipazione" (art. 17, comma 1).

I restanti amministratori sono nominati dall'assemblea (art. 17, comma 4).

L'art. 18, comma 6 attribuisce al consiglio di amministrazione: "tutti i più ampi poteri di amministrazione sia ordinaria che straordinaria della società, salvo quanto espressamente riservato per legge all'assemblea e quanto previsto dal presente statuto".

L'art. 20 stabilisce che il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni, escluse quelle indelegabili per legge e sei attribuzioni di grande rilievo: "piani programma" annuali e pluriennali e budget di esercizio, politica generale degli investimenti e dei prezzi, provvedimenti relativi alla nomina, sospensione e licenziamento del direttore generale, convenzioni ed accordi con i soggetti di diritto pubblico in ordine ai contratti di servizio, mutui, operazioni immobiliari di vario genere (comma 2).

L'art. 25 riserva ai soci di diritto pubblico la nomina del presidente del collegio sindacale (composto dal presidente e da due sindaci effettivi e da due supplenti), di un sindaco effettivo e di un sindaco supplente.

Ora, dall' esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società controinteressata è da escludersi – ictu oculi - che essa sia sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune

intimato – nei termini paradigmatici di cui si è detto sopra - analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente.

Basti osservare che, soprattutto a fronte di un oggetto sociale aperto ad interventi di grande spessore e di ampio respiro (Cfr. per un caso analogo, Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03, cit.), è in buona sostanza previsto da parte degli enti associati, ma solo attraverso l'assemblea degli azionisti ed il consiglio di amministrazione, un controllo su alcuni aspetti importanti dell'attività svolta dalla CAFc (v. , in particolare, gli artt. 12 e 20); però manca un "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato" da parte degli enti nel loro complesso, riguardante "l'insieme dei più importanti atti di gestione".

Ciò è tanto più vero se si considerano gli amplissimi poteri di gestione del consiglio di amministrazione (art. 18 dello statuto), che possono essere gestiti autonomamente (Cfr. sul punto, ancora, la sentenza della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03).

Ma, quello che più conta, è che non è ravvisabile "un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione" del Comune di Faedis sull'attività del soggetto partecipato e che riguarda i più importanti atti di gestione.

Non può sostenersi, quindi, che il soggetto gestore, cioè la CAFc, si atteggi ad una sorta di *longa manus* dell'affidante nell'ambito di una amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio resti saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente.

In realtà, il Comune di Faedis – al pari degli altri soggetti associati – a parte il controllo indiretto di cui si è parlato più sopra, ha una rappresentanza diretta (attraverso la figura del sindaco: art. 10 dello statuto) solo in seno alla assemblea degli azionisti; ha, poi, un ruolo nella nomina degli amministratori nel contesto dello speciale meccanismo elettorale disciplinato dall'art. 17 dello statuto.

Tutto ciò – *de plano* – non significa, però, che il Comune di Faedis possieda quell' "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato", con riguardo ai più importanti atti di gestione della CAFc.

Oltretutto, come si è visto, la Commissione europea - sin dalla nota del 16 giugno 2002 - ha avvertito che non è sufficiente, al fine di individuare il presupposto del "controllo analogo", il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario, posto che il soggetto partecipato, in relazione ai più importanti atti di gestione, deve configurarsi solo formalmente come entità distinta dall'amministrazione, dovendo, invece, concretamente essere parte della stessa.

Inoltre, come ha stabilito la ripetuta sentenza della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03, la circostanza che il Comune possa designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione, non è risolutivo per stabilire l'esistenza di un penetrante controllo gestionale da parte del Comune stesso.

Nel caso di specie neppure questa maggioranza è statutariamente assicurata (art. 17).

In realtà, il tipo di controllo di cui si sta parlando avrebbe potuto consistere - per esempio - seguendo il *modus operandi* prefigurato da questo T.A.R., 15 luglio 2005, n. 634:

- nella consultazione tra gli enti associati circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, circa il suo andamento generale, e, soprattutto, circa le concrete scelte operative: con audizione, da disporsi con una frequenza ragionevole, del Presidente e del Direttore generale;
- nelle modifiche dello Statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;
- nel consenso degli enti associati all'eventuale esercizio delle attività contemplate dall'art. 4, commi dal 2 al 7 dello statuto;
- nel controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità della gestione, con successiva relazione all'Assemblea degli azionisti, ovvero in ispezioni dirette da parte dei soci.

Un siffatto tipo di controllo si sarebbe potuto prevedere attraverso il meccanismo della convenzione tra tutti gli enti associati ex art. 30 del D. Lgs. 267 del 2000 (Cfr. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, testè richiamata), che appare uno strumento idoneo a realizzare la condizione del “controllo analogo”, voluta dall’ordinamento europeo e nazionale, da parte di una pluralità di enti.

Così però non è stato.

Va soggiunto, quanto meno sotto forma di obiter dictum - posto che il relativo rilievo non ha formato oggetto di una chiara specifica censura nel gravame originario, ma solo nella memoria del 10.11.2005 - che il CAFC non può considerarsi a capitale interamente pubblico (come previsto dall’art. 113, comma 5, lett. c), prevedendo lo statuto una possibile partecipazione di privati nella misura del 49% del capitale sociale (art. 9, comma 2).

Orunque, sotto il profilo considerato – assorbite le altre censure - il gravame va accolto e l’impugnata deliberazione 58 del 15 dicembre 2003 assunta dal Consiglio comunale di Faedis va caducata”.

Sin qui i passaggi salienti della sentenza di questo Tribunale 12 dicembre 2005, n. 986.

Venendo alla fattispecie per cui è causa, il Collegio osserva, alla luce di detta sentenza, che la prima censura è destituita di fondamento: l’intimato Comune non era tenuto all’affidamento diretto del servizio de quo; al contrario, gli era precluso procedere in tal senso.

La determina del Responsabile del Procedimento n. 202 dd. 15 dicembre 2005, con la quale indicevasi gara mediante procedura negoziata, cottimo fiduciario, a mente dell’art. 4, comma 2, lett. c) della legge regionale 12 del 2003, per l’affidamento del servizio di gestione, manutenzione, conduzione e controllo degli impianti di depurazione esistenti sul territorio comunale, pertanto, non solo si appalesa del tutto rispettosa dell’art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ma è conforme ai principi espressi in materia dalla Corte di Giustizia della Comunità europea (Cfr., in particolare, Corte di giustizia C.E. 18 novembre 1999, causa C - 107/98; Corte di giustizia n. 349 – 8 maggio 2003), secondo cui è legittimo l’affidamento di un servizio in house providing purchè l’Ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, e che, allo stesso tempo, quest’ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l’ente o gli enti territoriali che lo controllano.

Si è visto che l’art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 stabilisce che l’erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell’Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio “a società a capitale interamente pubblico a condizione che l’ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano”.

D’altra parte, non può non rilevarsi che la formulazione dell’art. 113, comma 4 del D.Lgs. 267 del 2000 (“4. Qualora sia separata dall’attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:

- a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano;
- b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7”), la formulazione dell’art. 113, comma 4 del D.Lgs. 267 del 2000 – si diceva – legittima il convincimento che in capo alla Amministrazione, semprechè ricorra la condizione di cui al primo periodo del comma 4, non sussista un vero e proprio obbligo di procedere all’affidamento diretto, ma una semplice facoltà; oltretutto, l’Amministrazione potrebbe avvalersi anche della possibilità offerta dalla previsione di cui al punto b) del comma 4.

Con il secondo motivo è stata dedotta la carenza dell'apparato motivazionale della gravata determinazione del Responsabile del Procedimento n. 202 del 15 dicembre 2005, la quale non avrebbe spiegato le ragioni per cui è stata adottata una procedura di selezione pubblica anziché procedere ad un affidamento diretto.

La prospettazione è priva di pregio.

Posto che – come si è visto – l'affidamento diretto non sarebbe stato legittimo, non pare fondatamente contestabile che nessun obbligo gravava sulla Amministrazione di motivare la scelta operata, per l'appunto, secundum legem: non si vede, francamente, perché si sarebbe dovuta giustificare la mancata adozione di un provvedimento illegittimo.

In ogni caso, è a dirsi che la impugnata determinazione motiva sul punto, nella parte in cui riferisce che: “[...] questa Amministrazione Comunale non ha ritenuto legittima tale operazione di affidamento “in house” del servizio al CAFC S.P.A. (a tal fine si richiamano le valutazioni effettuate dal Segretario Generale del Comune con la nota del 15.12.2005, prot. 30456)”.

Con il terzo mezzo l'istante assume l'illogicità, l'arbitrarietà e la irragionevolezza dell'affidamento del servizio ad un soggetto esterno e non ad un soggetto cui lo stesso Comune partecipa.

La doglianza è palesemente infondata alla luce delle osservazioni sopra svolte.

Il quarto motivo si sostanzia nella affermazione che l'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica si porrebbe in contrasto con la legge regionale 23 giugno 2005, n. 13 riguardante il servizio idrico integrato (la legge è così intitolata: “Organizzazione del servizio idrico integrato e individuazione degli ambiti territoriali ottimali in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (Disposizioni in materia di risorse idriche)”, e, segnatamente, con l'art. 23, in relazione all'art. 113, comma 5 del D.Lgs. 267 del 2000: nel senso che – a giudizio dell'istante – il combinato disposto delle due disposizioni tenderebbe ad escludere la gestione in economia del servizio idrico integrato ed a favorire l'affidamento del servizio stesso a società interamente in mano pubblica.

L'assunto non ha pregio.

A parte la circostanza, di per sé risolutiva, che, come rilevato nella sopra richiamata sentenza 12 dicembre 2005, n. 986, il CAFC non può considerarsi a capitale interamente pubblico, il citato art. 23 della legge regionale 13 del 2005 è riferito espressamente alle “Autorità di ambito” (ancora non operative) e non ai Comuni.

Esso, infatti, così recita:

“1. Fino all'operatività della nuova organizzazione dei servizi idrici integrati ai sensi dell'articolo 9, comma 1, della legge 36/1994, le spese di funzionamento dell'Autorità d'ambito gravano in via provvisoria sugli enti locali ricadenti nel medesimo Ambito territoriale ottimale, in proporzione alle quote di partecipazione.

2. Nella fase di prima attuazione della presente legge, al fine di garantire l'avvio dell'attività, l'Amministrazione regionale è autorizzata a concedere alle Autorità d'ambito, dietro loro documentata richiesta, un contributo per le spese di funzionamento secondo i criteri e le modalità stabiliti con regolamento ai sensi dell'articolo 30 della legge regionale 20 marzo 2000, n. 7 (Testo unico delle norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso), e successive modifiche”.

D'altra parte, va precisato che oggetto dell'appalto in contestazione non è la concessione del servizio idrico del Comune, bensì alcune attività esecutive preordinate alla gestione del servizio stesso.

Inutile dire che la legge regionale in parola non può essere letta come derogatoria dei principi in materia di affidamento “in house” di cui si è sopra ampiamente parlato.

Con il quinto mezzo è stata lamentata la illegittimità del termine di dieci giorni fissato al 27.12.2005 per la presentazione delle offerte e stabilito dal Responsabile del Procedimento nella lettera di invito del 16.12.2005, in quanto non avrebbe tenuto conto dei soli giorni lavorativi, avendo compreso anche quelli festivi (25 e 26 dicembre).

Il mezzo si appalesa inammissibile, non avendo la ricorrente – come si è visto – preso parte alla gara, pur essendo stata formalmente invitata.

Sotto forma di obiter dictum può aggiungersi che il mezzo è anche infondato, posto che tra la data degli inviti alla procedura (16.12.2005) e quella entro la quale dovevano essere presentate le offerte (27.12.2005) decorrevano undici giorni: periodo di tempo più che congruo, se sei ditte (la settima era la società ricorrente) hanno regolarmente presentato offerta.

In conclusione, il ricorso va respinto in quanto infondato.

Con i motivi aggiunti notificati il 6.2.2006 è stato chiesto l'annullamento:

- della nota del Segretario comunale di San Daniele del Friuli n. 30456 del 15.12.2005, richiamata nella determinazione del Responsabile del Procedimento n. 202 del 15 dicembre 2005;
- del verbale di gara del 28.2.2005;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del servizio di gestione tecnico-operativa degli impianti di trattamento delle acque reflue per l'anno 2006 alla controinteressata società CID s.r.l.;
- della determinazione del Responsabile del Procedimento n. 205 del 29.12.2005, con la quale è stato approvato il verbale di gara del 28.2.2005, con conseguente affidamento dell'incarico alla controinteressata società CID s.r.l.;
- di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti.

I motivi aggiunti si appalesano inammissibili nei confronti della nota del Segretario comunale di San Daniele del Friuli n. 30456 del 15.12.2005, richiamata nella determinazione del Responsabile del Procedimento n. 202 del 15 dicembre 2005: trattasi, infatti, di un atto di mera comunicazione illustrativa (di cui già si è fatto cenno), con la quale il Segretario ha illustrato – fondatamente - le ragioni che impedivano l'affidamento "in house".

Nella restante parte i motivi aggiunti, del pari, sono inammissibili o privi di pregio.

Inammissibili perché le "nuove" censure ruotano tutte intorno all'asserita illegittimità del mancato affidamento del servizio de quo alla ricorrente: illegittimità che ben poteva e doveva essere dedotta in sede di ricorso originario, non essendo rilevanti, a tal fine, gli atti conosciuti successivamente dall'istante.

Sotto forma di obiter dictum può aggiungersi che le doglianze sono comunque infondate.

Esse sono incentrate sul fatto che:

- la scelta di non ricorrere all'affidamento in house non sarebbe adeguatamente giustificata;
- il servizio di fognatura non sarebbe sussumibile nel genus degli appalti di servizi, ma in quello di un servizio pubblico locale, da affidare in concessione;
- l'atto impugnato doveva essere adottato dal Consiglio comunale e non dal Dirigente Responsabile del Servizio, versandosi, per l'appunto, in tema di servizi pubblici locali ed essendo la scelta di procedere attraverso una gara pubblica "potenzialmente idoneo a depauperare il valore della partecipazione del Comune in CAFC S.p.A."

Osserva il Collegio che:

- tutti i provvedimenti impugnati sono supportati da un apparato giustificativo adeguato;
- nella specie non trattasi di "concessione di un pubblico servizio", secondo l'accezione tecnico-giuridica che si dà a questa locuzione: in realtà, l'appalto riguarda solo talune attività esecutive connesse al funzionamento del servizio idrico comunale; ne consegue che non entrava in gioco l'art. 42, lett. e) del decreto legislativo 267 del 2000 in materia di competenza del Consiglio comunale sulla "concessione dei pubblici servizi" (rientrante tra gli "atti fondamentali" indicati dalla disposizione in parola).

La accertata infondatezza del ricorso originario e la inammissibilità, in parte qua, dei motivi aggiunti in esame determina, eo ipso, la infondatezza dei due ulteriori mezzi, dedotti con i motivi stessi, con i quali la ricorrente ha denunciato il vizio di illegittimità derivata e la nullità del contratto.

Con i motivi aggiunti depositati il 6.7.2006 sono stati dedotti nuovi mezzi avverso la gravata nota del Segretario comunale di San Daniele del Friuli n. 30456 del 15.12.2005, richiamata nella determinazione del Responsabile del Procedimento n. 202 del 15 dicembre 2005;

I motivi aggiunti si appalesano inammissibili, in quanto:

- si appuntano contro un atto privo di connotato provvedimentoale (come già si è sopra rilevato, in sede di primi motivi aggiunti);
- vengono dedotte censure che la ricorrente ben avrebbe potuto (e dovuto) dedurre già in sede di ricorso originario;
- ripropongono, in buona sostanza, censure già dedotte in sede di ricorso originario o di primi motivi aggiunti.

In conclusione, alla stregua delle complessive argomentazioni che precedono, il ricorso va respinto; i due motivi aggiunti vanno in parte dichiarati inammissibili e in parte vanno respinti.

Le spese del giudizio possono venire compensate, sussistendone le giuste ragioni.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, rigetta il ricorso; in parte dichiara inammissibili e in parte rigetta i motivi aggiunti.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste, in camera di consiglio, il 26.7.2006.

f.to Vincenzo Borea Presidente
f.to Vincenzo Farina Estensore

Depositata nella segreteria del Tribunale
il 30 agosto 2006

f.to Antonino Maria Fortuna.

TAR Friuli Venezia Giulia – Sentenza n. 13 del 10/1/2007

Servizi pubblici locali - modalità di gestione - affidamento diretto in house - controllo analogo - caratteri - individuazione - partecipazione meramente simbolica - inconfigurabilità controllo analogo

Non può sostenersi, che il soggetto gestore si atteggi ad una sorta di longa manus dell'affidante nell'ambito di una amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio resti saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente, laddove manca un "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato" da parte degli enti: potere riguardante, quanto meno, "l'insieme dei più importanti atti di gestione", ed in particolare, se si considerano gli amplissimi poteri di gestione affidati al consiglio di amministrazione, la circostanza che il Comune è titolare soltanto dell'1% delle quote della società, cioè di una percentuale irrisoria, insuscettibile in quanto tale di creare le ripetute condizioni di controllo dell'affidante sull'affidatario, il Comune – alla stregua dello statuto - non ha alcun potere di nomina dei componenti degli organi amministrativi e di controllo, fatta eccezione per i limitati poteri derivanti dalla sua posizione di socio proprietario dell'1% delle quote della società.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, nelle persone dei magistrati:

Vincenzo Borea – Presidente

Oria Settesoldi – Consigliere

Vincenzo Farina – Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 214/06 proposto dalla società SPIX ITALIA s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Angelica Citossi, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia;

contro

la Comune di Lignano Sabbiadoro, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luca Ponti, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia;

e nei confronti della controinteressata

società M.T.F. s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Conti, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia;

per l'annullamento:

1) della deliberazione n. 24 in data 27.2.2006 del Consiglio comunale di Lignano Sabbiadoro, con la quale è stata affidata per 25 anni "in house providing" alla società M.T.F. s.r.l. la gestione dei seguenti servizi:

- raccolta differenziata dei rifiuti a partire dal 1°3.2006;
- igiene ambientale, raccolta dei rifiuti solidi urbani, spazzamento ed altri servizi complementari;

2) di ogni altro atto precedente o successivo, presupposto o necessario, comunque connesso con quello impugnato;

nonché per la dichiarazione di caducazione automatica di detto affidamento diretto alla controinteressata e di immediata cessazione dell'efficacia del contratto con essa stipulato;

Visto il ricorso, ritualmente notificato e depositato presso la Segreteria generale con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 29.11.2006 la relazione del consigliere Vincenzo Farina ed uditi i difensori delle parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

La controversia riguarda l'attività di gestione dei rifiuti nel Comune di Lignano Sabbiadoro (UD).

Precedentemente all'affidamento "in house providing" alla società M.T.F. s.r.l., oggetto della presente impugnativa, l'attività di recupero dei rifiuti era svolto dalla società Zaccheo Ambiente s.a.s. in base all'art. 33 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 ed agli artt. 2 e 3 del D.M. 5 febbraio 1998.

Alla società in parola era stato affidato dal Comune il servizio di trasporto e smaltimento dei rifiuti raccolti nel territorio comunale per il periodo 1.7.1997-31.12.1999, sulla base dei contratti rep. n. 2879 del 26.8.1997 e rep. n. 3146 del 4.11.2003, nonché la gestione dell'impianto di selezione e compostaggio dei rifiuti urbani denominato "Pantanel" sulla base del contratto da ultimo citato.

Il contratto originario era stato prima prorogato e poi rinnovato per un periodo di tre anni, sino al 31.12.2006.

Successivamente, in seguito a talune vicende giudiziarie connesse alla gestione dei rifiuti, il servizio pubblico di raccolta rifiuti solidi urbani, spazzamento e altri servizi complementari venivano affidati, fino al 2009, alla società ECOVERDE s.n.c. GESTIONE SERVIZI AMBIENTALI DI GIRO DIEGO & C.

Con deliberazione del Consiglio comunale di Lignano Sabbiadoro n. 31 dell'11.5.2005 veniva stipulato un Protocollo d'intesa tra il medesimo Comune, la Provincia di Udine e la società EXE s.p.a. al fine di razionalizzare i servizi di igiene ambientale nel territorio provinciale, affidandoli ad un unico soggetto.

Con la medesima deliberazione il Comune di Lignano Sabbiadoro acquistava, altresì, una quota di partecipazione nella società EXE s.p.a. pari a n. 28.000 azioni.

Con deliberazione della Giunta comunale n. 335 del 14.11.2005 veniva definitivamente approvato il Protocollo d'intesa.

Con deliberazione della Giunta comunale di Lignano Sabbiadoro n. 372 del 13.12.2005 veniva conferito alla società EXE s.p.a. il ramo d'azienda "trattamento rifiuti" consistente nell'impianto comunale del "Pantanel".

Con deliberazione del Consiglio comunale n. 19 del 20.1.2006 il Comune acquistava una quota pari all'1% del capitale sociale della società M.T.F. s.r.l.: società operante nel settore della gestione dei rifiuti, il cui unico socio è la società EXE s.p.a., che aveva già acquistato l'intero capitale sociale della medesima società.

Infine, con la gravata deliberazione del Consiglio comunale n. 24 in data 27.2.2006, è stata affidata per 25 anni "in house providing" alla società M.T.F. s.r.l. la gestione dei seguenti servizi (sono stati esclusi, per tutta la durata del relativo contratto, quelli appaltati alla società ECOVERDE s.n.c. GESTIONE SERVIZI AMBIENTALI DI GIRO DIEGO & C.):

- raccolta differenziata dei rifiuti a partire dal 1°3.2006;
- igiene ambientale, raccolta dei rifiuti solidi urbani, spazzamento ed altri servizi complementari.

Il Consiglio comunale approvava, contestualmente, il Contratto di servizio e la Carta dei servizi per la gestione della raccolta dei rifiuti solidi urbani.

Nella impugnata deliberazione – per quello che qui rileva – si sottolineava la circostanza che la società M.T.F. s.r.l. “è interamente partecipata dalla società EXE s.p.a., impresa pubblica e dal Comune di Lignano Sabbiadoro, al quale lo statuto della M.T.F. s.r.l. riserva – in quanto Ente locale socio – una facoltà di controllo analogo a quello che il Comune potrebbe esercitare sui propri servizi”: pertanto l’attività svolta dalla società M.T.F. s.r.l. – attività asseritamente ispirata ai medesimi criteri di tipo pubblicitario propri della attività della società EXE s.p.a. – quale organismo di gestione economica del Comune di Lignano Sabbiadoro, andrebbe configurata come un servizio interno dell’Amministrazione, esercitando quest’ultima sulla società M.T.F. s.r.l., a mente dell’art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell’art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Avverso la deliberazione del Consiglio comunale n. 24 in data 27.2.2006 insorge in questa sede la società SPIX ITALIA s.r.l., deducendo due mezzi.

L’assunto attoreo ruota intorno alla affermazione che, contrariamente a quanto dichiarato dall’intimato Comune, non sussistevano i presupposti di legge per l’affidamento “in house providing” alla società M.T.F. s.r.l. dei servizi suindicati.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Lignano Sabbiadoro e la controinteressata società M.T.F. s.r.l., chiedendo il rigetto del gravame.

Quest’ultimo è stato introitato dal Collegio ed è passato in decisione nella pubblica udienza del 29.11.2006.

In rito, vanno disattese le eccezioni con le quali i resistenti hanno dedotto la inammissibilità del gravame sotto tre profili.

Sotto un primo profilo si sostiene che la ricorrente non avrebbe i requisiti imprenditoriali, organizzativi e strutturali tali da consentirle di assumere la gestione dei servizi de quibus.

Osserva il Collegio, in via di principio, che l’imprenditore subisce certamente la lesione di un interesse patrimoniale ogni qual volta l’Amministrazione non gli consente di partecipare alla gara di appalto; detto interesse non coincide affatto con la generica pretesa al corretto esercizio del potere amministrativo, ma identifica una posizione giuridica differenziata e specifica di una particolare categoria di soggetti. Infatti, l’ordinamento, nel prevedere che, di regola, deve esservi la gara pubblica o a partecipazione allargata, attribuisce all’imprenditore una posizione giuridicamente protetta: egli deve essere posto in grado di prendere parte alla gara e di risultare vincitore se è in possesso dei prescritti requisiti.

La disciplina concorsuale, in realtà, mira a salvaguardare l’interesse pubblico alla trasparenza, efficienza, imparzialità ed economicità dell’azione amministrativa; essa protegge anche il principio della libera concorrenza e della parità di condizioni fra i soggetti economici che operano in determinati settori produttivi.

La rilevanza dell’interesse dell’imprenditore è del resto scolpita dal principio espresso dall’art. 41 primo comma della Costituzione, in forza del quale ogni soggetto può far valere la pretesa a svolgere le attività economiche che non si pongano in contrasto con i valori indicati nel secondo comma dello stesso articolo.

Il criterio della salvaguardia della libertà di concorrenza costituisce, poi, uno dei « pilastri » del diritto comunitario, fin dal Trattato istitutivo, ampiamente sviluppato da una lunga serie di direttive e di atti normativi di rango diverso (Cfr. Cons. Stato, V, 26 giugno 1996, n. 792).

Più specificatamente, con riferimento agli affidamenti in house, è da ritenersi che la connotazione di “imprenditore di settore” costituisca requisito sufficiente ad enucleare un interesse giuridicamente rilevante a contestare la pretermissione dall’appalto.

Nel caso di cui alla attuale controversia, tale connotazione emerge chiaramente dall’oggetto sociale della società istante e dai documenti comprovanti l’iscrizione della medesima all’Albo Nazionale delle Imprese che effettuano la gestione dei rifiuti per le categorie 1, 2, 3, 4 e 5 – versati agli atti di causa - ove sono indicate le attività che la medesima è autorizzata a svolgere: dette attività comprendono quelle oggetto dell’affidamento in house per cui è causa.

Tanto basta per stabilire l'infondatezza della eccezione.

Sotto un secondo profilo le resistenti hanno dedotto la inammissibilità del gravame per la mancata impugnazione degli atti asseritamente presupposti a quello impugnato, e, segnatamente, delle deliberazioni del Comune di Lignano Sabbiadoro nn. 31 dell'11.5.2005, 335 del 14.11.2005 e 372 del 13.12.2005, di cui si è sopra fatto cenno.

Come si è visto, con deliberazione del Consiglio comunale di Lignano Sabbiadoro n. 31 dell'11.5.2005 veniva stipulato un Protocollo d'intesa tra il medesimo Comune, la Provincia di Udine e la società EXE s.p.a. al fine di razionalizzare i servizi di igiene ambientale nel territorio provinciale, affidandoli ad un unico soggetto.

Con la medesima deliberazione il Comune di Lignano Sabbiadoro acquistava, altresì, una quota di partecipazione nella società EXE s.p.a. pari a n. 28.000 azioni.

Con deliberazione della Giunta comunale n. 335 del 14.11.2005 veniva definitivamente approvato il Protocollo d'intesa.

Con deliberazione della Giunta comunale di Lignano Sabbiadoro n. 372 del 13.12.2005 veniva conferito alla società EXE s.p.a. il ramo d'azienda "trattamento rifiuti" consistente nell'impianto comunale del "Pantanel".

Ora, non è fondatamente confutabile che le suddette deliberazioni non costituiscono rispetto alla impugnata deliberazione n. 24 in data 27.2.2006 degli atti presupposti in senso tecnico-giuridico, atteggiandosi più propriamente a meri antecedenti logici, non incardinati in un procedimento finalizzato all'affidamento in house alla società M.T.F. s.r.l.

Questo affidamento ha una sua chiara peculiare autonomia rispetto agli atti in parola, talchè non può affermarsi che essi vincolavano – in quanto presupposti – l'Amministrazione a procedere all'affidamento diretto dei servizi in questione.

Sgombrato il campo dalle eccezioni comunali ed entrando nel merito del ricorso, come si è visto, l'istante denuncia la violazione dell'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326.

Il nucleo argomentativo centrale dei due mezzi ruota intorno alla considerazione che nel caso di specie difetta sia il requisito del controllo "analogo a quello esercitato sui propri servizi" da parte dell'intimato Comune sulla controinteressata società M.T.F. s.r.l., che quello della realizzazione, ad opera di quest'ultima, della parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano, che, infine, quello del carattere pubblico dell'intero capitale sociale: requisiti contemplati dall'art. 113, comma 5, lett. c) del D. Lgs. n. 267 del 2000.

Non ricorrendo le suddette condizioni – conclude l'istante – i servizi de quibus andavano affidati mediante una gara ad evidenza pubblica, e non già mediante l'affidamento diretto (c.d. affidamento "in house providing").

È d'uopo prendere le mosse dalla normativa di riferimento.

L'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, così recita:

"Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

1. Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Restano esclusi dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79, e 23 maggio 2000, n. 164.

1-bis. Le disposizioni del presente articolo non si applicano al settore del trasporto pubblico locale che resta disciplinato dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni.

2. Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13.

2-bis. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli impianti di trasporti a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane.

3. Le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi. È, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi.

4. Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:

a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;

b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7.

5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

5-bis. Le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio.

[.....]”.

5-ter. In ogni caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non sia stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori di cui ai precedenti commi provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia nei limiti di cui all'articolo 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e all'articolo 143 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554. [.....]

6. Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4. [.....]”.

Sin qui normativa di riferimento.

Il Collegio osserva che la impugnata deliberazione n. 24 in data 27.2.2006 del Consiglio comunale di Lignano Sabbiadoro non può dirsi rispettosa dell'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, né, tampoco, può dirsi conforme ai principi espressi in materia dalla Corte di Giustizia della Comunità europea (Cfr., in particolare, Corte di giustizia C.E. 18 novembre 1999, causa C - 107/98; Corte di giustizia

n. 349 - 8 maggio 2003), secondo cui è legittimo l'affidamento di un servizio in house providing purchè l'Ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che, allo stesso tempo, quest'ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l'ente o gli enti territoriali che lo controllano.

Si è visto che l'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 stabilisce che l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio "a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

Quanto alla pronuncia pregiudiziale 18 novembre 1999 adottata in causa 107/98, Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano, di cui si è testè fatto cenno, era stato chiesto se, a norma della Direttiva CEE 93/36, doveva farsi luogo alla procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico di fornitura, considerando che era stato prescelto con trattativa diretta un soggetto consortile cui l'Amministrazione committente partecipava con proprio capitale.

La Corte (punto 50) ha affermato che, essendo il Comune amministrazione aggiudicatrice a norma dell'art. 1 lett. a) della Direttiva 93/36 CEE, la relativa normativa doveva essere applicata: quindi occorre bandire una gara, se, secondo la valutazione del giudice a quo, si trattava di due soggetti distinti tra i quali si era concluso un contratto configurabile come appalto. "Può avvenire diversamente - ha soggiunto la Corte - solo nel caso in cui, nel contempo, l'Ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello che da esso esercitato sui propri servizi, e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti locali che la controllano."

Circa il concetto di "controllo analogo", la Corte aveva avvertito che deve trattarsi di "un rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione"

Questa conclusione è stata ribadita - tra gli altri - dall'arresto della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03, secondo il quale, in particolare: "[...] deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti. [...]"

Nel solco di questo indirizzo giurisprudenziale la Commissione europea, sin dalla nota del 16 giugno 2002, sottolineava che non era sufficiente, al fine di individuare il presupposto del "controllo analogo", il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario, posto che il soggetto partecipato, in relazione ai più importanti atti di gestione, deve configurarsi solo formalmente come entità distinta dall'amministrazione, dovendo, invece, essere concretamente parte della stessa.

In ambito nazionale, sia pure con sfumature diverse, ovviamente dettate dalla particolarità delle fattispecie (anche in relazione alla specifica legislazione domestica) la giurisprudenza ha seguito e confermato l'indirizzo europeo.

In questo contesto è stato puntualizzato che il soggetto gestore si attegga ad una sorta di *longa manus* dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo; deve, in altri termini, trattarsi di una sorta di amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio resta saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente sull'attività della società affidataria: la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo (Cfr., ex pluribus, Cons. St., VI, 25 gennaio 2005, n. 168; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634 e 12 dicembre 2005, n. 986; T.A.R. Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Campania, 30 marzo 2005, n. 2784, ove si parla di "controllo assoluto" da parte dell'ente concedente).

Venendo al caso di cui alla presente controversia, si è visto che, precedentemente all'affidamento "in house providing" alla società M.T.F. s.r.l., oggetto della presente impugnativa, l'attività di recupero dei rifiuti era svolto dalla società Zaccheo Ambiente s.a.s. in base all'art. 33 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 ed agli artt. 2 e 3 del D.M. 5 febbraio 1998.

Alla società in parola era stato affidato dal Comune il servizio di trasporto e smaltimento dei rifiuti raccolti nel territorio comunale per il periodo 1.7.1997-31.12.1999, sulla base dei contratti rep. n. 2879 del 26.8.1997 e rep. n. 3146 del 4.11.2003, nonché la gestione dell'impianto di selezione e compostaggio dei rifiuti urbani denominato "Pantanel" sulla base del contratto da ultimo citato.

Il contratto originario era stato prima prorogato e poi rinnovato per un periodo di tre anni, sino al 31.12.2006.

Successivamente, in seguito a talune vicende giudiziarie connesse alla gestione dei rifiuti, il servizio pubblico di raccolta rifiuti solidi urbani, spazzamento e altri servizi complementari venivano affidati, fino al 2009, alla società ECOVERDE s.n.c. GESTIONE SERVIZI AMBIENTALI DI GIRO DIEGO & C.

Con deliberazione del Consiglio comunale di Lignano Sabbiadoro n. 31 dell'11.5.2005 veniva stipulato un Protocollo d'intesa tra il medesimo Comune, la Provincia di Udine e la società EXE s.p.a. al fine di razionalizzare i servizi di igiene ambientale nel territorio provinciale, affidandoli ad un unico soggetto.

Con la medesima deliberazione il Comune di Lignano Sabbiadoro acquistava, altresì, una quota di partecipazione nella società EXE s.p.a. pari a n. 28.000 azioni.

Con deliberazione della Giunta comunale n. 335 del 14.11.2005 veniva definitivamente approvato il Protocollo d'intesa.

Con deliberazione della Giunta comunale di Lignano Sabbiadoro n. 372 del 13.12.2005 veniva conferito alla società EXE s.p.a. il ramo d'azienda "trattamento rifiuti" consistente nell'impianto comunale del "Pantanel".

Con deliberazione del Consiglio comunale n. 19 del 20.1.2006 il Comune acquistava una quota pari all'1% del capitale sociale della società MTF s.r.l.: società operante nel settore della gestione dei rifiuti, il cui unico socio è la società EXE s.p.a., che aveva già acquistato l'intero capitale sociale della medesima società.

Infine, con la gravata deliberazione del Consiglio comunale n. 24 in data 27.2.2006, è stata affidata per 25 anni "in house providing" alla società M.T.F. s.r.l. la gestione dei seguenti servizi (sono stati esclusi, per tutta la durata del relativo contratto, quelli appaltati alla società ECOVERDE s.n.c. GESTIONE SERVIZI AMBIENTALI DI GIRO DIEGO & C.):

- raccolta differenziata dei rifiuti a partire dal 1°3.2006;
- igiene ambientale, raccolta dei rifiuti solidi urbani, spazzamento ed altri servizi complementari.

Il Consiglio comunale approvava, contestualmente, il Contratto di servizio e la Carta dei servizi per la gestione della raccolta dei rifiuti solidi urbani.

Non sembra inutile ricordare che, precedentemente all'affidamento in house, la società M.T.F. s.r.l. aveva operato a favore di soggetti diversi: segnatamente la Comunità Montana del Gemonese, Canal del Ferro e Valcanale.

Nella impugnata deliberazione – per quello che qui rileva – si sottolineava la circostanza che la società M.T.F. s.r.l. "è interamente partecipata dalla società EXE s.p.a., impresa pubblica e dal Comune di Lignano Sabbiadoro, al quale lo statuto della M.T.F. s.r.l. riserva – in quanto Ente locale socio – una facoltà di controllo analogo a quello che il Comune potrebbe esercitare sui propri servizi": pertanto l'attività svolta dalla società M.T.F. s.r.l. – attività asseritamente ispirata ai medesimi criteri di tipo pubblicitario propri della attività della società EXE s.p.a. – quale organismo di gestione economica del Comune di Lignano Sabbiadoro, andrebbe configurata come un servizio interno dell'Amministrazione, esercitando quest'ultima sulla società M.T.F. s.r.l., a mente dell'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Ora, dall' esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società controinteressata è da escludersi – *ictu oculi* - che essa sia sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune intimato – nei termini paradigmatici di cui si è detto sopra - analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente.

In particolare, lo statuto della società M.T.F. s.r.l. prevede, all'art. 10, che:

- sia inoltrato previamente al Comune il piano industriale ed ogni documento programmatico;
- sia inoltrata, prima della approvazione, la bozza del bilancio di esercizio, nonché ogni altro atto o documento utile al fine della verifica, anche sotto il profilo della efficacia, efficienza ed economicità della gestione, dello stato di attuazione degli obiettivi fissati dagli atti di programmazione approvati dalla società;
- sia data costante attenzione, da parte del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale, alle osservazioni formulate dal Comune in relazione alla bozza di bilancio ed alla attuazione degli atti di programmazione, disponendo variazioni e correttivi che dovessero rendersi necessari al fine di garantire al Comune l'effettiva capacità di controllo dei servizi resi;
- sia inoltrata al Comune, almeno una volta all'anno, una relazione scritta avente ad oggetto i servizi svolti e l'andamento dell'attività economica, con costante possibilità per il Comune di richiesta di informazioni in ordine alla gestione dei servizi;
- sia rispettato l'obbligo di svolgimento dei servizi pubblici esclusivamente sulla base del contratto di servizio, il cui contenuto è stato previamente approvato dal Comune;
- sia offerta, da parte del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale, la massima collaborazione, anche mediante comunicazione dei dati richiesti, al fine di consentire al Comune di poter esercitare il controllo sui servizi affidati alla società;
- siano sottoposti gli atti di maggior rilievo, relativi alla gestione della società e dei servizi affidati, alla preventiva autorizzazione dell'assemblea dei soci.

L'art. 3 Statuto precisa che la società persegue "finalità di tipo pubblicistico e di perseguimento di criteri di economicità per i cittadini [...] ivi compreso quello di mantenere a un livello stabile i corrispettivi dei servizi erogati", potendosi astenere dal "ricercare il massimo profitto".

Il Collegio osserva che, soprattutto a fronte di un oggetto sociale (art. 3 statuto) aperto ad interventi di grande spessore e di ampio respiro (Cfr. per un caso analogo, Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03, cit.), è in buona sostanza previsto da parte degli enti locali soci un controllo su alcuni aspetti dell'attività svolta dalla società M.T.F. s.r.l.; però manca un "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato" da parte degli enti: potere riguardante, quanto meno, "l'insieme dei più importanti atti di gestione".

Ciò è tanto più vero se si considerano gli amplissimi poteri di gestione affidati al consiglio di amministrazione (artt. 20 ss. dello statuto), che possono essere gestiti autonomamente (Cfr. sul punto, ancora, la sentenza della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03), senza che l'ente locale abbia quell'"assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione" richiesto dalla normativa di riferimento.

Non può sostenersi, quindi, che il soggetto gestore, cioè la società M.T.F. s.r.l. si atteggi ad una sorta di *longa manus* dell'affidante nell'ambito di una amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio resti saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente.

Inoltre, va sottolineato che il Comune di Lignano Sabbiadoro è titolare soltanto dell'1% delle quote della società M.T.F. s.r.l., cioè di una percentuale irrisoria, insuscettibile in quanto tale di creare le ripetute condizioni di controllo dell'affidante sull'affidatario.

Vi è di più: il Comune intimato – alla stregua dello statuto – non ha alcun potere di nomina dei componenti degli organi amministrativi e di controllo, fatta eccezione per i limitati poteri derivanti dalla sua posizione di socio proprietario dell'1% delle quote della società M.T.F. s.r.l.

Al riguardo è a dirsi che, come ha stabilito la ripetuta sentenza della Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03, la circostanza che il Comune possa designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione, non è risolutivo per stabilire l'esistenza di un penetrante controllo gestionale da parte del Comune stesso.

Nel caso di specie neppure la designazione di questa maggioranza è statutariamente prevista.

Oltretutto, come si è visto, la Commissione europea - sin dalla nota del 16 giugno 2002 - ha avvertito che non è sufficiente, al fine di individuare il presupposto del "controllo analogo", il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario, posto che il soggetto partecipato, in relazione ai più importanti atti di gestione, deve configurarsi solo formalmente come entità distinta dall'amministrazione, dovendo, invece, concretamente essere parte della stessa.

Da ciò si evince con immediatezza l'inconsistenza dei poteri riservati al Comune di Lignano Sabbiadoro sul soggetto affidatario.

Non può sottacersi, poi, che lo statuto (punti 6.1, 6.2 ed 11.4) non assicura il requisito della partecipazione interamente pubblica nel corso del tempo, atteso che la società M.T.F. s.r.l. è "aperta al capitale privato": essendo consentito che una quota del capitale sociale possa essere alienata a terzi, senza neppure la previsione di un diritto di prelazione a favore dei soci.

La società M.T.F. s.r.l. non può, poi - a rigore - considerarsi a capitale interamente pubblico (come previsto dall'art. 113, comma 5, lett. c).

Essa, infatti, è partecipata al 99% dalla società EXE s.p.a ed all'1% dal Comune di Lignano Sabbiadoro.

La società EXE s.p.a., a sua volta, è partecipata in varia misura da altri Enti pubblici, tra cui il Comune intimito al 4%, e da due società per azioni (la NET s.p.a. ed il CSR Bassa Friulana s.p.a.), nonché da una associazione privata (la Legambiente, allo 0,077%): pertanto, non può parlarsi di una società - la M.T.F. s.r.l. - a capitale interamente pubblico.

Non può non rilevarsi, inoltre, in relazione al controllo penetrante richiesto dalla normativa di riferimento, l'incongruità della tesi dei resistenti, per cui il Comune dovrebbe esercitare questo tipo di controllo sulla società M.T.F. s.r.l. mediante la società EXE s.p.a., del cui capitale sociale il Comune detiene solo il 4%.

Quanto, infine, al requisito della realizzazione da parte del concessionario della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, nella fattispecie - lo si è visto - l'intimito Comune non esercita sulla società M.T.F. s.r.l. né "un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi", né, tampoco, un controllo di tipo societario, possedendo solo una trascurabile partecipazione dell'1% delle quote della società in parola.

Ne consegue che non è dato ravvisare neppure quest'ultimo requisito.

Or dunque, sotto i profili considerati - assorbite le altre censure - il gravame va accolto e l'impugnata deliberazione n. 24 in data 27.2.2006 del Consiglio comunale di Lignano Sabbiadoro va caducata.

Vanno dichiarate, invece, inammissibili le domande attoree volte ad ottenere la "caducazione automatica" dell'affidamento diretto dei servizi comunali di quibus alla controinteressata e di immediata cessazione dell'efficacia del contratto con essa stipulato.

Trattasi di pronunce che esulano dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: gli artt. 6 e 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 limitano, infatti, l'ambito di giurisdizione esclusiva ai soli provvedimenti inerenti alla procedura di affidamento degli appalti (con conseguente, implicita, esclusione della cognizione di tutti gli atti successivi alla sua conclusione, ivi compreso il contratto).

Riguardo all'annullamento del contratto chiesto dalla ricorrente, com'è noto, la questione, che rivela profili di grande complessità per l'evidente commistione di aspetti pubblicistici e privatistici ravvisabili nella sequenza che connette la fase procedimentale di scelta del contraente a quella, propriamente negoziale, della conclusione dell'accordo, ha impegnato per anni dottrina e giurisprudenza: esse hanno indicato soluzioni assai diversificate tra loro).

Da un lato, si sostiene la sussumibilità della patologia del contratto nello schema dell'annullabilità relativa ex art. 1441 c.c.; dall'altro si propende per la nullità del vincolo negoziale e per la conseguente soggezione dello stesso al regime di cui agli artt. 1421 ss. c.c.; secondo la terza opzione ermeneutica si realizzerebbe un effetto caducante automatico; infine, autorevole dottrina e recenti arresti giurisprudenziali affermano l'inefficacia del vincolo negoziale.

Senza, ovviamente, voler affrontare la tematica ex professo, pare al Collegio che prima facie la soluzione più persuasiva, e sostanzialmente collimante con la conclusione di cui si è detto circa i poteri ordinamentali del T.A.R. in questa materia, sia quella indicata dal Consiglio di Stato, VI sezione, 5 maggio 2003, n. 2332 e 30 maggio 2003, n. 2992: essa ha ricondotto la fattispecie allo schema della caducazione automatica, che comporta la necessaria ed immediata cessazione dell'efficacia del contratto ex tunc per il solo effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione (senza bisogno, cioè, di pronunce costitutive), sulla base del rilievo della sussistenza di una connessione funzionale tra la sequenza procedimentale pubblicistica e la conseguente stipula del contratto: il che implica, in analogia alle fattispecie privatistiche del collegamento negoziale, la caducazione del negozio dipendente nel caso di annullamento di quello presupposto (Cfr. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986).

In conclusione, alla stregua delle complessive argomentazioni che precedono, il ricorso va in parte dichiarato inammissibile e in parte va accolto, con il conseguenziale annullamento dell'atto impugnato.

Le spese del giudizio possono venire compensate, sussistendone le giuste ragioni.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione,

in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo accoglie, e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato, meglio indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Condanna l'Amministrazione soccombente alla rifusione del contributo unificato alla parte ricorrente, ai sensi del comma 6-bis dell'art. 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste, in camera di consiglio, il 29.11.2006.

f.to Vincenzo Borea Presidente

f.to Vincenzo Farina Estensore

Depositata nella segreteria del Tribunale

il 10 gennaio 2007

f.to Antonino Maria Fortuna

Capitolo 6

Requisiti per l'affidamento in house

Corte di giustizia europea, Sez. I, - Sentenza n. c-458/03 del 13/10/2005

Non è conforme al dir. comunitario la concessione di un pubblico servizio ad un ente che abbia un grado di autonomia tale da escludere che l'autorità pubblica concedente eserciti su di esso un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

L'attribuzione della gestione di servizi pubblici configura una concessione di pubblico servizio.

L'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi a cui non è applicabile la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

Non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne (v., in questo senso, sentenza Stadt Halle et RPL Lochau, cit., punto 48).

Di conseguenza, nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizzata la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrici.

Allorché un ente concessionario - una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale - fruisce di un margine di autonomia caratterizzato dal fatto che l'oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente, è escluso che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Ne discende che gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi ad un ente concessionario interamente partecipato dall'autorità pubblica medesima, sul quale tuttavia non eserciti di fatto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

13 ottobre 2005 (*)

«Appalti pubblici – Procedure di aggiudicazione di appalti pubblici – Concessione di servizi – Gestione di parcheggi pubblici a pagamento»

Nel procedimento C-458/03,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Italia), con decisione 23 luglio 2003, pervenuta in cancelleria il 30 ottobre 2003, nella causa Parking Brixen GmbH

contro

Gemeinde Brixen,

Stadtwerke Brixen AG,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dai sigg. P. Jann, presidente di Sezione, K. Schiemann, J. N. Cunha Rodrigues (relatore), K. Lenaerts e E. Juhász, giudici,

avvocato generale: sig.ra J. Kokott

cancelliere: sig.ra M.-F. Contet, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 13 gennaio 2005,

viste le osservazioni scritte presentate:

- per la Parking Brixen GmbH, dagli avv.ti K. Zeller e S. Thurin,
- per la Gemeinde Brixen, dal sig. N. De Nigro, Rechtsanwalt,
- per la Stadtwerke Brixen AG, dal sig. A. Mulser, Rechtsanwalt,
- per il governo italiano, dal sig. I.M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato,
- per il governo dei Paesi Bassi, dalla sig.ra C. Wissels, in qualità di agente,
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente,
- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. K. Wiedner, in qualità di agente,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 1° marzo 2005,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), degli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché dei principi di non discriminazione, di trasparenza e di parità di trattamento.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la società Parking Brixen GmbH (in prosieguo: la «Parking Brixen») e, dall'altro, la Gemeinde Brixen (in prosieguo: il «comune di Bressanone») e la società Stadtwerke Brixen AG (in prosieguo: la «ASM Bressanone Spa») in ordine all'aggiudicazione a quest'ultima della gestione di due parcheggi situati sul territorio del detto comune.

Contesto normativo

Diritto comunitario

3 L'art. 43 CE così dispone:

«Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro vengono vietate (...).

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

4 L'art. 49, primo comma, CE prevede quanto segue:

«Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione».

5 L'ottavo 'considerando' della direttiva 92/50 precisa quanto segue:

«(..) la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fondi su contratti d'appalto; (..) la prestazione di servizi su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, esula dal campo d'applicazione della presente direttiva».

6 L'art. 1 della detta direttiva così recita:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

a) "appalti pubblici di servizi", i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice (..)

(..)

b) "amministrazioni aggiudicatrici", lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

(..)».

Normativa nazionale

7 L'art. 22, n. 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, relativa all'ordinamento delle autonomie locali (supplemento ordinario alla GURI n. 135 del 12 giugno 1990; in prosieguo: la «legge n. 142/90»), stabilisce che i comuni e le province possono avvalersi, per lo svolgimento dei servizi pubblici locali attribuiti dalla legge alla loro competenza, delle seguenti forme di gestione:

a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati».

8 L'art. 44 della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1, nella versione iniziale, ha ampiamente ripreso l'art. 22 della legge 142/90. L'art. 44 è stato poi modificato dalla legge regionale 23 ottobre 1998, n. 10.

9 L'art. 44 della legge regionale n. 1, come modificata dalla legge regionale n. 10, dispone quanto segue:

«(..)

6. I Comuni disciplinano con regolamento le procedure e i criteri per la scelta delle forme organizzative di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica ed imprenditoriale tra le seguenti:

a) costituzione di aziende speciali;

b) costituzione o partecipazione ad apposite società per azioni o a responsabilità limitata ad influenza dominante pubblica locale;

c) affidamento della gestione di servizi pubblici a terzi, prevedendo adeguate procedure concorrenziali per la loro individuazione. Salvo diverse disposizioni di legge, il rapporto non può avere durata superiore a venti anni e non può essere rinnovato con lo stesso soggetto se non nei modi di cui alla presente lettera. Le cooperative, le associazioni che rappresentano per legge gli invalidi ed i disabili, nonché le associazioni di volontariato e le imprese senza fini di lucro, a parità di condizioni, vengono privilegiate.

(..)

18. Alle società costituite ai sensi del comma 6 e alle società di cui al comma 17, gli enti locali soci possono affidare in qualunque momento lo svolgimento di ulteriori servizi pubblici compatibili con l'oggetto della società mediante deliberazione consiliare che approva contestualmente il relativo contratto di servizio».

10 Le disposizioni dell'art. 44, nn. 6 e 18, della legge regionale n. 1, come modificata dalla legge regionale n. 10, sono riprese testualmente come art. 88, nn. 6 e 18, del Testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei comuni della Regione autonoma Trentino-Alto Adige.

11 L'art. 115 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (supplemento ordinario alla GURI n. 227 del 28 settembre 2000; in prosieguo: il «decreto legislativo 267/2000»), autorizza i comuni a trasformare le aziende speciali in società per azioni di cui possono restare azionisti unici per un periodo comunque non superiore a due anni dalla trasformazione.

Controversia principale e questioni pregiudiziali

12 In applicazione dell'art. 22 della legge 142/90, il comune di Bressanone era ricorso, per la gestione di alcuni servizi pubblici locali rientranti nella sua competenza, alla Stadtwerke Brixen (in prosieguo: la «Servizi Municipalizzati Bressanone»), azienda speciale di proprietà del comune.

13 In virtù dell'art. 1 dello statuto, dal 1° gennaio 1999 la Servizi Municipalizzati Bressanone era dotata di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale, ed era un ente del comune preposto specificamente all'esercizio unitario e integrato dei servizi pubblici locali.

14 Ai sensi dell'art. 2 dello statuto, la Servizi Municipalizzati Bressanone aveva per oggetto, tra gli altri:

«f) la gestione di parcheggi ed autosilo compreso l'esercizio di tutte le attività connesse».

15 In applicazione dell'art. 115 del decreto legislativo 267/2000, con la deliberazione comunale del 25 ottobre 2001, n. 97, il comune di Bressanone ha trasformato l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone in una società per azioni denominata «ASM Bressanone Spa».

16 In virtù dell'art. 1, terzo comma, dello statuto di quest'ultima, «[t]utti i diritti e gli obblighi preesistenti in capo all'azienda speciale [Servizi Municipalizzati Bressanone] permangono anche dopo la trasformazione e la società [ASM Bressanone Spa] subentra pertanto in tutti i rapporti attivi e passivi dell'Azienda [speciale] Servizi Municipalizzati Bressanone».

17 Ai sensi dell'art. 4 dello statuto, la ASM Bressanone Spa può gestire, tra le altre, le attività che seguono su base locale, nazionale ed internazionale:

«g) la gestione di parcheggi ed autosilos e le attività connesse».

18 L'art. 18 dello statuto della ASM Bressanone Spa prevede che al Consiglio di amministrazione vengano delegati i seguenti poteri:

«1) Al Consiglio di Amministrazione spettano i più ampi poteri per l'ordinaria amministrazione della società, con facoltà di compiere tutti gli atti ritenuti opportuni o necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale.

2) Salvo preventiva autorizzazione da parte dell'assemblea, il Consiglio di Amministrazione non potrà rilasciare garanzie eccedenti il limite di 5 (cinque) milioni di euro, nonché firmare pagherò o accettare tratte oltre al detto limite.

3) Sono considerati atti di ordinaria amministrazione l'acquisto e la cessione di partecipazioni in altre società, l'acquisto, la cessione e l'affitto di aziende o rami di aziende nonché l'acquisto e la vendita di veicoli per un valore massimo per ciascun atto di 5 (cinque) milioni di euro.

4) Spetta alla competenza esclusiva del Consiglio di Amministrazione ogni deliberazione relativa alla determinazione e/o la modifica degli emolumenti per cariche speciali ai sensi dell'articolo 2389, secondo comma, del Codice Civile».

19 Ai sensi dell'art. 5, n. 2, dello statuto della ASM Bressanone Spa, «la quota di partecipazione al capitale sociale di appartenenza del comune di Bressanone non potrà mai essere inferiore alla maggioranza assoluta delle azioni ordinarie». Inoltre, il comune di Bressanone ha la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti del Consiglio

di amministrazione della società. Il Collegio Sindacale è composto da tre membri effettivi e due supplenti, di cui almeno due membri effettivi ed un membro supplente nominati dal comune.

20 Secondo il giudice del rinvio, la trasformazione di un'azienda speciale in società per azioni comporta un manifesto incremento di autonomia a favore di quest'ultima. L'ambito di attività della ASM Bressanone Spa è stato infatti considerevolmente ampliato rispetto a quello della Servizi Municipalizzati Bressanone, dal momento che può compiere attività in ambito locale, nazionale e internazionale, mentre l'attività dell'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone era limitata al territorio del comune di Bressanone. Inoltre, l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone era subordinata al controllo diretto e all'influenza del Consiglio comunale, mentre, nel caso della ASM Bressanone Spa, il controllo da parte del comune è limitato alla libertà di azione di cui gode, ai sensi del diritto societario, la maggioranza dei soci.

21 Con deliberazione comunale 23 marzo 2000, n. 37, il Consiglio comunale di Bressanone ha affidato la costruzione e la gestione di una piscina pubblica alla Servizi Municipalizzati Bressanone. Al momento della trasformazione di questa in società per azioni, avvenuta il 25 ottobre 2001, la ASM Bressanone Spa è subentrata in tutti i diritti e gli obblighi derivanti da quella deliberazione.

22 Con deliberazione 18 novembre 2001, n. 118, il Consiglio comunale di Bressanone ha concesso alla ASM Bressanone Spa un diritto di superficie sopra il suolo e sotto il suolo del terreno destinato alla piscina, in particolare sulla particella fondiaria 491/11, situata nel territorio del comune di Bressanone, per la realizzazione di garage sotterranei.

23 Nell'attesa che tale progetto di parcheggio fosse realizzato, è stato previsto un parcheggio di superficie provvisorio. A tale scopo la particella fondiaria 491/11, fino ad allora utilizzata come campo di calcio, è stata rivestita temporaneamente in macadam per servire come parcheggio da circa 200 posti auto. Secondo il giudice del rinvio, per la gestione della particella fondiaria 491/11 come parcheggio di superficie non è stata stipulata alcuna convenzione.

24 Al fine di predisporre ulteriori posti auto, il limitrofo parcheggio di superficie situato sul terreno adiacente, cioè sulla particella 491/6, sita parimenti nel territorio del comune di Bressanone, con una capienza di circa 200 posti auto e direttamente gestito dal comune da oltre dieci anni, è stato affidato in gestione alla ASM Bressanone Spa con deliberazione del Consiglio comunale di Bressanone 28 novembre 2002, n. 107. In tale deliberazione si precisa che «per l'attività degli stabilimenti balneari è già stato costruito da parte dell'Azienda Servizi Municipalizzati Spa provvisoriamente un parcheggio vicino all'area comunale» e che si ritiene pertanto «necessario e opportuno di assegnare all'Azienda Servizi Municipalizzati Spa anche provvisoriamente la gestione dell'area accanto, costituita dalla p.f. 491/6, (...) con una superficie di 5 137 m², che al momento viene amministrata direttamente dal comune».

25 Il 19 dicembre 2002, al fine dell'applicazione della deliberazione n. 107, il comune di Bressanone ha concluso una convenzione con la ASM Bressanone Spa, affidandole per un periodo di nove anni la gestione del parcheggio sulla particella 491/6.

26 Come corrispettivo per la gestione del parcheggio, la ASM Bressanone Spa riscuote le tasse di parcheggio. A sua volta però, versa al comune di Bressanone un'indennità annuale pari a EUR 151 700, che è indicizzata sulla base del prezzo del biglietto di parcheggio, cosicché un aumento di questo si traduce in un aumento dell'indennità versata al comune. Oltre alla gestione del parcheggio, la ASM Bressanone Spa si assume il servizio di locazione gratuita di biciclette e accetta che il mercato settimanale continui a tenersi in quell'area. La ASM Bressanone Spa ha altresì assunto il personale, precedentemente alle dipendenze del comune di Bressanone sull'area predetta. Infine, la manutenzione ordinaria e straordinaria dell'area spetta alla detta società, che se ne assume tutte le relative responsabilità.

27 Sulla base di un contratto di concessione stipulato con il comune di Bressanone in data 19 giugno 1992, la Parking Brixen aveva assunto la costruzione e la gestione di un parcheggio, distinto da quelli su cui verte la causa principale, sempre situato nel territorio di quel comune. Dinanzi al Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Tribunale amministrativo, Sezione autonoma per la provincia di Bolzano), la Parking Brixen ha contestato l'attribuzione alla ASM Bressanone Spa della gestione dei parcheggi ricavati sulle parti-

celle 491/6 e 491/11. A suo dire, il comune di Bressanone avrebbe dovuto applicare la normativa in materia di pubblici appalti.

28 Le convenute nella causa principale, cioè la ASM Bressanone Spa e il comune di Bressanone, hanno contestato l'obbligo di espletamento di una pubblica gara. Il comune ha fatto valere a questo proposito di controllare per intero la ASM Bressanone Spa, cosicché non vi sarebbe stata attribuzione di un appalto a terzi.

29 In tale contesto, il Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se nel caso di attribuzione della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, oggetto della materia controversa, si tratti di un appalto di pubblico servizio ai sensi della direttiva 92/50/CEE ovvero di una concessione di pubblico servizio, nei cui confronti si applicano le regole sulla concorrenza della Comunità europea, in particolare gli obblighi di parità di trattamento e trasparenza.

2) Se – qualora si dovesse effettivamente trattare di una concessione di pubblico servizio avente ad oggetto la gestione di un servizio pubblico locale – l'attribuzione della gestione di un pubblico parcheggio a pagamento, che può essere effettuata senza svolgimento di pubblica gara ai sensi dell'art. 44, n. 6, lett. b), della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1, modificata dall'art. 10 della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 10, e ai sensi dell'art. 88, n. 6, lett. a) e b), del testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei comuni, sia compatibile con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi della libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza, del divieto di discriminazione e degli obblighi che ne conseguono di parità di trattamento e di trasparenza come pure del principio di proporzionalità, nel caso in cui si tratti di una società per azioni che, conformemente all'art. 115 del decreto legislativo 267/2000, è stata costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un comune e il cui capitale azionario al momento dell'attribuzione era detenuto al 100% dal comune, ma il cui il Consiglio di amministrazione dispone dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione entro un valore di EUR 5 000 000 per affare.»

30 Con ordinanza del presidente della Corte 25 maggio 2004, la domanda di intervento presentata dalla Energy Service Srl è stata dichiarata irricevibile.

Sulla prima questione

31 Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede se l'attribuzione della gestione dei parcheggi pubblici a pagamento su cui verte la causa principale costituisca un appalto pubblico di servizi, ai sensi della direttiva 92/50, o una concessione di pubblici servizi.

32 Si deve precisare innanzitutto che non spetta alla Corte qualificare concretamente le operazioni controverse nella causa principale. Infatti, a tale scopo è competente il solo giudice nazionale. Il ruolo della Corte si limita a fornire al detto giudice un'interpretazione del diritto comunitario utile per la decisione da adottare nella controversia che gli è sottoposta.

33 A tale scopo, la Corte può estrapolare dal fascicolo della causa principale gli elementi pertinenti per l'interpretazione del diritto comunitario.

34 In tale contesto occorre rilevare che la causa principale riguarda l'attribuzione della gestione di due distinti parcheggi: da una parte, quello situato sulla particella 491/11 e, dall'altro, quello situato sulla particella 491/6.

35 In relazione al parcheggio di superficie situato sulla particella 491/11, la decisione di rinvio indica solamente che non è stata conclusa alcuna convenzione per il suo sfruttamento. In particolare, la decisione non contiene informazioni relative alle condizioni di remunerazione del gestore di quel parcheggio.

36 Pertanto, la Corte può solo constatare di non disporre di elementi di informazione sufficienti per procedere a un'interpretazione utile del diritto comunitario in risposta a questa parte della questione.

37 Per quanto riguarda il parcheggio situato sulla particella 491/6, dalla decisione di rinvio, come rilevato ai punti 24-26 della presente sentenza, risulta che esso era gestito direttamente dal comune di Bressanone da più di dieci anni allorché la gestione è stata affidata, per un periodo di nove anni, alla ASM Bressanone Spa grazie ad una convenzione stipulata da questa e dal detto comune il 19 dicembre 2002. Come corrispettivo per

la gestione del parcheggio, la ASM Bressanone Spa riscuote dagli utenti una tassa di parcheggio; essa versa poi al comune di Bressanone un'indennità annuale. Inoltre, la ASM Bressanone Spa acconsente a che il mercato settimanale continui a svolgersi nella zona in questione, assicura il servizio di locazione gratuita di biciclette e si assume l'onere della manutenzione della zona.

38 Alla luce di questi elementi, si deve intendere che il giudice del rinvio, con la prima questione, chiede in sostanza se l'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceva come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisca un appalto pubblico di servizi, ai sensi della direttiva 92/50, ovvero una concessione di pubblici servizi a cui tale direttiva non è applicabile.

39 Come risulta dal suo ottavo 'considerando', la direttiva 92/50 si applica agli «appalti pubblici di servizi», i quali sono definiti all'art. 1, lett. a), della stessa come «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice». Da tale definizione discende che un appalto pubblico di servizi ai sensi di quella direttiva comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi.

40 Nella situazione descritta dalla prima questione, invece, la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi per l'utilizzo del parcheggio di cui si tratta. Tale forma di remunerazione implica che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione, delineando in tal modo una concessione di pubblici servizi. Conseguentemente, in una situazione come quella della causa principale, non si è di fronte ad un appalto pubblico di servizi, ma ad una concessione di pubblici servizi.

41 A questo proposito, è opportuno rilevare che tale interpretazione è confermata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), benché essa non fosse applicabile all'epoca dei fatti nella causa principale. Infatti, ai sensi dell'art. 1, n. 4, di questa direttiva, la «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

42 È pacifico che le concessioni di pubblici servizi sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50 (v. ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Racc. pag. I-4685, punto 28).

43 Si deve pertanto risolvere la prima questione dichiarando che l'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi a cui la direttiva 92/50 non è applicabile.

Sulla seconda questione

44 Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi senza svolgimento di pubblica gara sia compatibile con il diritto comunitario qualora l'impresa concessionaria sia una società costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un'autorità pubblica e il cui capitale sociale al momento dell'attribuzione sia interamente detenuto dall'autorità pubblica concedente, il cui il Consiglio di amministrazione disponga però dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione e possa concludere autonomamente, senza l'accordo dell'assemblea dei soci, taluni negozi entro un valore di cinque milioni di euro.

45 La questione riguarda, da un lato, la condotta dell'autorità concedente in relazione all'attribuzione di una concessione specifica e, dall'altro, la normativa nazionale che permette l'attribuzione di tale concessione senza bando di gara.

46 Nonostante il fatto che i contratti di concessione di pubblici servizi, allo stadio attuale del diritto comunitario, sono esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 92/50, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono comunque tenuti a rispettare le norme fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare (v., in questo senso, sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telau-

stria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 60, e 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-0000, punto 16).

47 Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è sancito dall'art. 12 CE. Le norme del Trattato più specificamente applicabili alle concessioni di pubblici servizi comprendono in particolare l'art. 43 CE, il cui primo comma enuncia che le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate, e l'art. 49 CE, che dispone, al primo comma, che le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

48 Secondo la giurisprudenza della Corte, gli artt. 43 CE e 49 CE sono specifica espressione del principio della parità di trattamento (v. sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione/Italia, Racc. pag. 4035, punto 8). Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è parimenti un'espressione specifica del principio generale di parità di trattamento (v. sentenza 8 ottobre 1980, causa 810/79, Überschär, Racc. pag. 2747, punto 16). Nella sua giurisprudenza relativa alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, la Corte ha precisato che il principio della parità di trattamento degli offerenti ha lo scopo di consentire che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità (v., in questo senso, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-2043, punti 33 e 54). Ne risulta che il principio di parità di trattamento tra offerenti deve applicarsi alle concessioni di pubblici servizi anche quando non vi sia discriminazione sulla base della nazionalità.

49 I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza che incombe alla detta autorità consiste nella garanzia, a favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in questo senso, sentenza Telaustria e Telefonadress, cit., punti 61 e 62).

50 Spetta all'autorità pubblica concedente valutare, sotto il controllo delle giurisdizioni competenti, se le modalità di gara siano adeguate alle specificità della concessione di pubblici servizi di cui si tratta. Tuttavia, la totale mancanza di gara nel caso di un'attribuzione di concessione di pubblici servizi come quella controversa nella causa principale non è conforme al disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

51 Inoltre, l'art. 86, n. 1, CE, stabilisce che gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 CE e 81 CE-89 CE.

52 Ne risulta che gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara, giacché una simile attribuzione viola gli artt. 43 CE o 49 CE o i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

53 Per sostenere che le disposizioni del Trattato e i principi generali menzionati ai punti 46-52 della presente sentenza non si applicano a una concessione di pubblici servizi attribuita in circostanze quali quelle della causa principale sono invocati due argomenti.

54 Innanzitutto, la ASM Bressanone Spa sostiene che gli artt. 43 CE-55 CE non sono applicabili a una situazione quale quella della causa principale perché si tratta di una situazione puramente interna ad un solo Stato membro, visto che la Parking Brixen, la ASM Bressanone Spa e il comune di Bressanone hanno tutti sede in Italia.

55 Quest'argomento non può essere accolto. Infatti, non si può escludere che, nella causa principale, imprese stabilite in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana potessero essere interessate a fornire i servizi di cui si tratta (v., in questo senso, sentenza Commissione/Belgio, cit., punto 33). Ora, in mancanza di pubblicità e di apertura alla concorrenza dell'attribuzione di una concessione di pubblici servizi quale quella di cui alla causa principale, si ha discriminazione, perlomeno potenzialmente, a danno delle imprese degli altri Stati membri che non possono fruire della libertà di fornire servizi e della libertà di stabilimento previste dal Trattato (v., in questo senso, sentenza Coname, cit., punto 17).

56 In secondo luogo, la Repubblica italiana, la ASM Bressanone Spa e il comune di Bressanone fanno valere che l'applicazione delle regole del Trattato e dei principi generali del diritto comunitario a una situazione quale quella controversa nella causa principale è esclusa per il fatto che la ASM Bressanone Spa non è un ente indipendente da quel comune. A sostegno di quest'argomento invocano la sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121, punti 49-51).

57 A questo proposito, si deve ricordare che, nella citata sentenza Teckal, la Corte ha dichiarato che la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti.

58 In relazione all'esistenza di un tale contratto, la Corte ha precisato, al punto 50 della citata sentenza Teckal, che, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, in linea di principio basta che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali detentori.

59 La Corte ha confermato che le medesime considerazioni si applicano alla direttiva 92/50, relativa agli appalti pubblici di servizi, e alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54) (v., rispettivamente, sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punti 48, 49 e 52, e 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-139, punto 39).

60 Queste considerazioni partono dalla premessa che l'applicazione delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 dipende dall'esistenza di un contratto concluso tra due soggetti distinti (v. sentenza Teckal, cit., punti 46 e 49). Ebbene, l'applicazione degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi di uguaglianza, non discriminazione e trasparenza che sono loro collegati, non dipende dall'esistenza di un contratto. Conseguentemente, le considerazioni sviluppate nella giurisprudenza citata ai punti 56-59 della presente sentenza non si applicano automaticamente a quelle disposizioni del Trattato né a quei principi.

61 Ciò nondimeno, occorre constatare che le dette considerazioni possono essere trasposte alle disposizioni del Trattato e ai principi che si rapportano a concessioni di pubblici servizi escluse dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici. Infatti, nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi, il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità e degli artt. 43 CE e 49 CE trovano applicazione nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo. Al contrario non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne (v., in questo senso, sentenza Stadt Halle et RPL Lochau, cit., punto 48).

62 Di conseguenza, nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizza la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrica.

63 Trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto precedente debbono formare oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 46).

64 Occorre esaminare, innanzitutto, se l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

65 Tale valutazione deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

66 Dalla decisione di rinvio si ricava che, in virtù dell'art. 1 dello statuto dell'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, questa costituiva un ente del comune preposto specificamente all'esercizio unitario e integrato dei servizi pubblici locali. Il Consiglio comunale determinava gli indirizzi generali, conferiva il capitale di dotazione, provvedeva alla copertura di eventuali costi sociali, controllava i risultati della gestione ed esercitava la vigilanza strategica, assicurando all'azienda la necessaria autonomia imprenditoriale.

67 La ASM Bressanone Spa ha invece acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune. In questo senso militano:

- a) la trasformazione della Servizi Municipalizzati Bressanone –azienda speciale del comune di Bressanone – in una società per azioni (ASM Bressanone Spa) e la natura di questo tipo di società;
- b) l'ampliamento dell'oggetto sociale, giacché la società ha cominciato ad operare in nuovi importanti settori, in particolare quelli del trasporto di persone e merci, dell'informatica e delle telecomunicazioni. Si deve rilevare che la società ha conservato la vasta gamma di attività precedentemente esercitate dall'azienda speciale, tra cui quella di adduzione dell'acqua e di depurazione delle acque reflue, di fornitura di calore ed energia, di smaltimento dei rifiuti e di costruzione di strade;
- c) l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali;
- d) l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero;
- e) i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del comune.

68 Concretamente, per quanto riguarda i poteri conferiti al detto Consiglio di amministrazione, dalla decisione di rinvio risulta che lo statuto della ASM Bressanone Spa, in particolare l'art. 18, affidano a tale organo ampi poteri di gestione della società, poiché dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale. Inoltre, il potere, previsto al detto art. 18, di rilasciare garanzie fino al limite di EUR 5 000 000 o di realizzare altre operazioni senza il previo accordo dell'assemblea dei soci indica che tale società dispone di un'ampia autonomia nei confronti dei suoi azionisti.

69 La decisione di rinvio indica altresì che il comune di Bressanone ha la facoltà di designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone Spa. Tuttavia, il giudice del rinvio sottolinea che il controllo esercitato dal comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci, riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza che esisteva tra il comune e l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, soprattutto alla luce degli ampi poteri di cui dispone il Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone Spa.

70 Allorché un ente concessionario fruisce di un margine di autonomia caratterizzato da elementi come quelli messi in rilievo ai punti 67-69 della presente sentenza, è escluso che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

71 Pertanto, senza che sia necessario verificare se l'ente concessionario realizzi la parte essenziale della sua attività con l'autorità pubblica concedente, l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi da parte di un'autorità pubblica a un simile ente non può essere considerata un'operazione interna a quell'autorità, a cui le norme comunitarie sono inapplicabili.

72 Ne consegue che la seconda questione proposta dev'essere risolta dichiarando quanto segue:

Gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attivi-

tà è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente.

Sulle spese

73 Nei confronti delle parti della causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi la Corte (Prima Sezione) dichiara:

- 1) L'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi a cui non è applicabile la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.
- 2) Gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente.

Corte di Giustizia Europea, Sez. I, - Sentenza n. C-410/04 del 6/4/2006

Affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società a totale capitale pubblico. Non contrasta con il diritto comunitario. Condizioni. Apertura ad azionisti privati. Esclude in ogni caso l'affidamento diretto. Ragioni.

Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano a una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene. Qualora, peraltro, il capitale della società fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 48). La partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l'autorità pubblica concedente esclude, infatti, che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 49). Quindi, se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione "interna" di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene (v., in tal senso, sentenza Coname, cit., punto 26).

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

6 aprile 2006 (*)

«Libera prestazione dei servizi – Servizio di trasporto pubblico locale – Affidamento senza procedura di gara – Affidamento da parte di un ente pubblico ad un'impresa di cui esso detiene il capitale»

Nel procedimento C-410/04,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia con ordinanza 22 luglio 2004, pervenuta in cancelleria il 27 settembre 2004, nella causa

Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)

contro

Comune di Bari,

AMTAB Servizio SpA,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dal sig. P. Jann, presidente di sezione, dai sigg. J.N. Cunha Rodrigues (relatore), K. Lenaerts, M. Ilešić e E. Levits, giudici,

avvocato generale: sig. L.A. Geelhoed,

cancelliere: sig.ra M. Ferreira, amministratore principale,

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 27 ottobre 2005,

considerate le osservazioni presentate:

– per l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV), dall'avv. C. Colapinto;

- per il Comune di Bari, dagli avv.ti R. Verna, B. Capruzzi e R. Cioffi;
 - per la AMTAB Servizio SpA, dagli avv.ti G. Notarnicola e V. Caputi Jambrenghi;
 - per il governo italiano, dal sig. I.M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato;
 - per il governo tedesco, dalla sig.ra C. Schulze-Bahr, in qualità di agente;
 - per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;
 - per il governo polacco, dal sig. T. Nowakowski, in qualità di agente;
 - per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. X. Lewis e dalla sig.ra D. Recchia, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 12 gennaio 2006,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE.
- 2 La questione è sorta nell'ambito di una controversia tra l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (in prosieguo: l'«ANAV»), da un lato, e il Comune di Bari e l'AMTAB Servizio SpA (in prosieguo: l'«AMTAB Servizio»), dall'altro, concernente l'affidamento a quest'ultima del servizio di trasporto pubblico sul territorio del detto comune.

Contesto normativo

Il diritto comunitario

- 3 L'art. 43 CE così prevede:

«Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate (...).

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

- 4 L'art. 46 CE ha il seguente tenore:

«1. Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

2. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, stabilisce direttive per il coordinamento delle suddette disposizioni».

- 5 L'art 49, primo comma, CE così prevede:

«Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione».

- 6 Il testo dell'art. 86, n. 1, CE è il seguente:

«Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi».

Il diritto nazionale

- 7 Quanto alla normativa italiana, l'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici (Supplemento ordinario

alla GURI n. 229 del 2 ottobre 2003; in prosieguo: il «D.L. 269/2003»), ha modificato l'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (Supplemento ordinario alla GURI n. 227 del 28 settembre 2000; in prosieguo: il «D.Lgs. 267/2000»). La nuova versione dell'art. 113, quinto comma, di tale D.Lgs. così prevede:

«L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

- a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- b) a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;
- c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

La causa principale e la questione pregiudiziale

8 Stando all'ordinanza di rinvio, l'AMTAB Servizio è una società per azioni il cui capitale sociale è interamente detenuto dal Comune di Bari, e la cui sola attività consiste nel fornire un servizio di trasporto pubblico sul territorio di tale comune. Tale società sarebbe totalmente controllata dal Comune di Bari.

9 In base alla medesima ordinanza, l'ANAV rappresenta, per statuto, le imprese esercenti servizi nazionali e internazionali di trasporto di passeggeri, nonché attività assimilabili al trasporto, e, in tale veste, vigila in particolare sul buon andamento del servizio pubblico di trasporto urbano ed extraurbano, nell'interesse delle società che forniscono tale servizio.

10 Con provvedimento 17 luglio 2003, il Comune di Bari ha avviato una procedura di gara ad evidenza pubblica al fine di affidare il servizio di trasporto pubblico sul territorio di tale comune.

11 In seguito alla modifica dell'art. 113, quinto comma, del D.Lgs. 267/2000 da parte dell'art. 14 del D.L. 269/2003, il Comune di Bari ha, con provvedimento 9 ottobre 2003, abbandonato tale procedura di gara ad evidenza pubblica.

12 Con provvedimento 18 dicembre 2003, il citato Comune ha affidato direttamente il servizio in questione all'AMTAB Servizio, per il periodo 1° gennaio 2004 - 31 dicembre 2012.

13 Con ricorso notificato in data 1° marzo 2004 e depositato in data 9 marzo 2004 dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, l'ANAV ha chiesto a quest'ultimo di annullare il citato provvedimento, oltre che tutti gli atti connessi e consequenziali, lamentando violazione del diritto comunitario, e in particolare degli artt. 3 CE, 16 CE, 43 CE, 49 CE, 50 CE, 51 CE, 70 CE - 72 CE, 81 CE, 82 CE, 86 CE e 87 CE.

14 Alla luce di tali censure, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se sia compatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. [43 CE], 49 CE e 86 CE, l'art. 113, comma quinto, D.Lgs. 267/00, come modificato dall'art. 14 D.L. 269/03, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata».

Sulla questione pregiudiziale

15 Con la propria questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se il diritto comunitario, in particolare gli obblighi di trasparenza e di libera concorrenza di cui agli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, osti a una disciplina nazionale, come quella oggetto della causa principale, che non pone alcun limite alla libertà, per un ente pubblico, di scegliere tra le diverse forme di affidamento di un servizio pubblico, in particolare tra l'affidamento mediante

procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto ad una società di cui tale ente detiene l'intero capitale.

16 Risulta dagli atti della causa principale che il servizio di trasporto pubblico sul territorio del Comune di Bari è finanziato, almeno in parte, attraverso l'acquisto di titoli di trasporto da parte degli utenti. Tale sistema di finanziamento caratterizza la concessione di servizi pubblici (sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 40).

17 È pacifico che le concessioni di servizi pubblici sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1) (sentenza Parking Brixen, cit., punto 42). Essa è stata sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), il cui art. 17 prevede esplicitamente l'inapplicabilità alle concessioni di servizi.

18 Anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall'ambito applicativo della direttiva 92/50, sostituita dalla direttiva 2004/18, le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare (v., in tal senso, sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 60; 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 16; e Parking Brixen, cit., punto 46).

19 Le disposizioni del Trattato specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici comprendono in particolare gli artt. 43 CE e 49 CE (sentenza Parking Brixen, cit., punto 47).

20 Oltre al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, si applica alle concessioni di servizi pubblici anche il principio della parità di trattamento tra offerenti, e ciò anche in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità (sentenza Parking Brixen, cit., punto 48).

21 I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza posto a carico di detta autorità consiste nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in tal senso, citate sentenze Telaustria e Telefonadress, punti 61 e 62, e Parking Brixen, punto 49).

22 In linea di principio, l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici, come quella di cui alla causa principale, non è conforme alle esigenze di cui agli artt. 43 CE e 49 CE, e nemmeno ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (sentenza Parking Brixen, cit., punto 50).

23 Risulta inoltre dall'art. 86, n. 1, CE che gli Stati membri non possono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'affidamento di concessioni di servizi pubblici senza procedura concorrenziale, poiché un simile affidamento viola gli artt. 43 CE o 49 CE o ancora i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (sentenza Parking Brixen, cit., punto 52).

24 Tuttavia, nel settore delle concessioni di servizi pubblici, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene (sentenza Parking Brixen, cit., punto 62).

25 Una normativa nazionale che riprenda testualmente il contenuto delle condizioni indicate al punto precedente, come fa l'art. 113, quinto comma, del D.Lgs. 267/2000, come modificato dall'art. 14 del D.L. 269/2003, è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario.

26 Va precisato che, trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto 24 della presente sentenza devono essere interpretate restrittivamente, e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 46, e Parking Brixen, cit., punto 63).

27 Stando alle osservazioni scritte presentate alla Corte dall'AMTAB Servizio, il Comune di Bari ha deciso, in data 27 dicembre 2002, di cedere una partecipazione corrispondente all'80% delle azioni di tale società da esso detenute, e in data 21 maggio 2004 ha deciso di avviare, a tal fine, la procedura di gara ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato di maggioranza. Tale informazione è stata confermata dall'ANAV nel corso dell'udienza dinanzi alla Corte.

28 Nella stessa udienza, però, il Comune di Bari ha sostenuto di aver rinunciato all'intenzione di cedere una parte delle proprie azioni dell'AMTAB Servizio. Esso avrebbe deciso, in data 13 gennaio 2005, di non dare seguito alla propria delibera precedente, e di non privatizzare più detta società. Tale provvedimento non sarebbe stato inserito nei documenti inviati dal giudice a quo in quanto adottato successivamente all'ordinanza di rinvio.

29 Spetta al detto giudice, e non alla Corte, chiarire se il Comune di Bari intenda aprire il capitale dell'AMTAB Servizio ad azionisti privati. Tuttavia, allo scopo di fornire a tale giudice elementi utili per risolvere la controversia sottopostagli, va precisato quanto segue.

30 Qualora, durante la vigenza del contratto di cui alla causa principale, il capitale dell'AMTAB Servizio fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 48).

31 Infatti, la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l'autorità pubblica concedente esclude in ogni caso che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 49).

32 Quindi, se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene (v., in tal senso, sentenza Coname, cit., punto 26).

33 Alla luce delle considerazioni svolte, la questione pregiudiziale va risolta dichiarando che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene.

Sulle spese

34 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano a una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene.

Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 4440 del 13/7/2006

Non sussistono i requisiti dell'affidamento in house nel caso in cui il capitale della società affidataria sia aperto a privati e se manca uno specifico controllo dell'ente proprietario sul cda.

Sui presupposti per poter configurare la responsabilità della pubblica amministrazione per danno a privati.

A seguito della decisione della Corte comunitaria 13 ottobre 2005, (C-458/03 Parking Brixen GmbH), un comune non può affidare in via diretta, in deroga alla regola dello svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto concessionario o affidatario dell'appalto del servizio pubblico, la gestione di parcheggi pubblici a pagamento ad una società per azioni, a capitale interamente pubblico, nel caso in cui lo statuto di quest'ultima consenta che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi e nel caso in cui i poteri del consiglio di amministrazione non risultano in alcun modo limitati o correlati a qualche forma di controllo da parte dell'Ente, salvi i poteri spettanti alla maggioranza dei soci secondo il diritto comune.

La controversia volta a dimostrare l'illegittimità degli atti di recesso del comune dalla convenzione per la gestione dei parcheggi a pagamento, e, in conseguenza, la permanente validità del contratto essendo diretta a tutelare il diritto soggettivo perfetto all'esecuzione del contratto ed alle controprestazioni conseguenti, esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo, appartenendo alla cognizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria. Il reale oggetto del giudizio, non è l'esercizio di una pubblica funzione da parte dell'Amministrazione, ma soltanto il rapporto convenzionale intercorrente tra le parti e le relative e reciproche posizioni di diritto soggettivo e di obbligo.

In sede di accertamento della responsabilità della pubblica amministrazione per danno a privati il giudice (amministrativo) può affermare la responsabilità quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e negandola quando l'indagine presupposta conduce al riconoscimento dell'errore scusabile (per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto) (C.d.S., sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500). Pertanto, nel caso in cui una legge regionale consenta l'affidamento diretto del servizio pubblico ad una società per azioni, o a responsabilità limitata, alla condizione che vi sia "influenza dominante pubblica", che si verifica quando i comuni "detengono un numero di azioni tali da consentire di disporre della maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria, ovvero quando lo statuto della società preveda il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, sempre che il comune detenga almeno il venti per cento del capitale", nessun addebito di negligenza o imperizia, quale fonte di colpa in funzione risarcitoria, può essere mosso all'ente locale per aver adottato un atto di affidamento diretto del servizio pubblico per la gestione di parcheggi pubblici ad una società avente tali caratteristiche.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE Sezione Quinta

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 6265 del 2003, proposto dalla SABA Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ugo Ferrari e Giustino Ciampoli, elettivamente domiciliata presso il primo in Roma, via P.A. Micheli 78

contro

il Comune di Bolzano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Ettore Prospero e Marco Cappello ed elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, Via Panisperna n. 104, e la SEAB s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Manfred Schullian e Maurizio Calò, elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, Via Antonio Gramsci, 36;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per il Trentino – Alto Adige, Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano, 20 maggio 2003 n. 211, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bolzano e della SEAB s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 28 febbraio 2006 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avvocati Giustino Ciampoli, Ettore Prospero e Maurizio Calò.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato respinto il ricorso proposto dalla SABA Italia s.p.a. per l'annullamento di tutti i provvedimenti con i quali il Comune di Bolzano ha esercitato il recesso dalla convenzione stipulata con la SABA Italia s.p.a. per la gestione dei parcheggi a pagamento, e, con deliberazione del Consiglio comunale 17 dicembre 2002, n. 124, ha affidato il medesimo servizio alla SEAB s.p.a., con decorrenza 1 gennaio 2003. Con la stessa sentenza è stata respinta anche la domanda relativa al risarcimento del danno.

In particolare, la ricorrente aveva dedotto che l'affidamento di servizi pubblici ad una società per azioni, a capitale interamente comunale, come la SEAB, senza espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, si poneva in contrasto con le norme di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato dell'Unione Europea, che tutelano il principio di non discriminazione, la libertà nella prestazione dei servizi pubblici e il principio della libera concorrenza.

La Sezione autonoma di Bolzano ha ritenuto che tale vizio non si configurasse, allegando la giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità che ha escluso l'applicazione delle regole della libera concorrenza per i casi di "in house providing", riconoscibili dal fatto che l'Amministrazione esercita sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (sentenza 18 novembre 1999 in causa 197/98 Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano; 9 settembre 1999 in causa 108/98 Risan c. Comune di Ischia). Il possesso del 100% del capitale sociale garantirebbe tale forma di controllo.

Avverso la decisione la SABA Italia s.p.a. ha proposto appello, chiedendone la riforma.

Il Comune di Bolzano e la s.p.a. SEAB si sono costituite in giudizio per resistere al gravame.

Fissata la trattazione della causa alla pubblica udienza del 27 gennaio 2004 la Sezione, con ordinanza 22 aprile 2004 n. 2316, ha sospeso il giudizio ed ha rimesso agli atti alla Corte di Giustizia della Comunità Europea, ai fini della pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, sul seguente quesito: se sia compatibile col diritto comunitario, in particolare con la libertà della prestazione di servizi, il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza, di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato, l'affidamento diretto, ossia in deroga ai sistemi di scelta del contraente di cui alla Direttiva 92/50 CEE, della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, ad una società per azioni, a capitale interamente pubblico, ai sensi dell'art. 44, comma 6, lett. b) della legge della Regione Trentino-Alto Adige 4.1.1993, n. 1, modificato dall'art. 10 della legge regionale del 23.1.1998, n. 10.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, con nota del 18 ottobre 2005, ha inviato copia della sentenza della medesima Corte in causa C-458/03 (Parking Brixen GmH), chiedendo di precisare se, alla luce di tale sentenza, la Sezione intendesse mantenere in essere il suo quesito pregiudiziale.

Ai fini di tale valutazione è stata fissata la udienza pubblica del 28 febbraio 2006 e, in pari data, è stato depositato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

1. Ha rilevo preliminare la doglianza con la quale la ricorrente in primo grado, e odierna appellante, ha lamentato che l'affidamento di servizi pubblici ad una società per azioni, a capitale interamente comunale, come l'attuale controinteressata, senza espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, da parte di una amministrazione aggiudicatrice, secondo le disposizioni di cui alla Direttiva 90/52/CEE, recepita dallo Stato italiano con il D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, si porrebbe in contrasto le norme di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato dell'Unione Europea, che stabiliscono il divieto di discriminazione, la libertà nella prestazione dei servizi pubblici e la libera concorrenza.

L'appellante non ignora che le norme dell'ordinamento della Regione Trentino – Alto Adige (art. 44 della legge regionale 4 gennaio 1993 n. 1, nel testo sostituito dall'art. 10, comma 1, della legge regionale 23 ottobre 1998, n.10) consentono l'affidamento diretto del servizio pubblico ad una società per azioni, o a responsabilità limitata, alla condizione che vi sia "influenza dominante pubblica" (art. 44 cit. comma 6, lett. b), e ciò si verifica quando i comuni "detengono un numero di azioni tali da consentire di disporre della maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria, ovvero quando lo statuto della società preveda il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, sempre che il comune detenga almeno il venti per cento del capitale" (comma 10).

Si esprime, tuttavia, il dubbio che tali disposizioni non siano compatibili con i principi del Trattato UE con particolare riguardo al divieto di discriminazione, alla libera prestazione dei servizi pubblici ed alla libera concorrenza.

2. La Sezione ha proposto in tal senso quesito pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, e l'autorevole Organo ha fornito una risposta indiretta, ossia ha segnalato che lo stesso quesito era stato già esaminato e risolto con la recentissima decisione 13 ottobre 2005, nella causa C-458/03 (Parking Brixen GmbH), in esito ad analogo interpello avanzato dal Tribunale di Giustizia Amministrativa per il Trentino-Alto Adige, Sezione Autonoma di Bolzano, con ordinanza 23 luglio – 27 settembre 2003 n. 25, ed ha chiesto di conoscere se questo giudice intendesse insistere nel quesito proposto.

Il Collegio ritiene che l'ampia motivazione posta a fondamento della decisione comunitaria, mentre conferma la fondatezza delle ragioni che hanno indotto a proporre il quesito, consenta ora di affrontare il problema offerto dalla presente vertenza, e, pertanto, non intende insistere nella questione incidentale.

3. La Corte infatti, con la decisione suddetta, ha fornito l'interpretazione, che deve considerarsi autentica, del noto passaggio della sentenza 18 novembre 1999 in causa C-107/98 (Teckal), nel quale, dopo aver affermato l'obbligatorietà della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente di una fornitura all'ente pubblico, ha enunciato: "Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello esercitato a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizzi la parte più importante della propria attività, con l'ente o con gli enti locali detentori."

Le espressioni usate non chiarivano cosa dovesse intendersi per "controllo analogo", e tuttavia si offrivano a tal fine alcune indicazioni significative. Si ammetteva che l'affidatario del servizio era, non un ufficio, ma un soggetto giuridico diverso dall'ente; e che era consentito a questo soggetto di svolgere una parte, anche se minoritaria, della propria attività a favore di soggetti diversi dall'ente pubblico, ipotesi inconciliabile con la figura dell'ufficio. A ciò si aggiunga che il riferimento a "gli enti locali detentori", con cui si chiude l'ultimo periodo, implicava il coinvolgimento di un soggetto il cui capitale era posseduto dall'ente, o, tratto ancora più significativo, da più enti pubblici diversi.

L'impiego, in fine, del concetto di "controllo" autorizzava a ritenere che la Corte all'epoca si riferisse alle società di capitali, soggetti tipici del diritto commerciale comune, il cui "controllo" è normalmente assicurato dal possesso della maggioranza del capitale.

In epoca più recente (sentenza 11 gennaio 2005, in causa C-26/03) la Corte è tornata sul problema del "con-

trollo analogo”, per affermare (parag. 49): “...la partecipazione, anche minoritaria, di una impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.”

Se ne poteva dedurre, con argomentazione a contrariis, che il possesso dell'intero capitale da parte della mano pubblica, consentisse di ravvisare un assetto idoneo all'esercizio del controllo analogo (in tal senso, Sez. V, 22 dicembre 2005 n. 7345). Ciò anche perché la Corte aveva posto a fondamento della anzidetta proposizione, non l'insufficienza del possesso del solo pacchetto di maggioranza da parte dell'ente pubblico ai fini dell'effettivo controllo sulla società, bensì: a) la disomogeneità tra gli interessi perseguiti dal capitale pubblico e quelli tipici del privato investitore; b) la lesione dei principi di libera concorrenza e di parità di trattamento tra le imprese, in favore di quella chiamata, con capitale minoritario, a far parte della società.

4. Con la pronuncia *Parking Brixen*, citata sopra, la Corte comunitaria ha condotto un ulteriore approfondimento sul tema, pervenendo ad una più puntuale individuazione dei caratteri del controllo che l'ente deve poter esercitare sulla società affidataria del servizio pubblico (parag.67-69).

In primo luogo, il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi.

In secondo luogo, è stata presa in considerazione l'ampiezza dei poteri propri del consiglio d'amministrazione secondo la disciplina risultante dallo statuto. A tale riguardo si è affermato che, se il consiglio d'amministrazione “dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale”, i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci dal diritto societario non sono sufficienti a consentire all'ente di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

5. Tanto premesso, è agevole osservare come la Società cui il Comune di Bolzano ha affidato la gestione dei parcheggi pubblici presenti un assetto statutario sostanzialmente corrispondente a quello preso in esame dalla sentenza in riferimento.

Quanto al capitale sociale è prescritto (art. 8) che il Comune conservi soltanto il 51% del capitale sociale, prevedendosi la cessione della rimanente quota a soggetti pubblici e privati, ed anche i poteri del consiglio di amministrazione non risultano in alcun modo limitati o correlati a qualche forma di controllo da parte dell'Ente, salvi i poteri spettanti alla maggioranza dei soci secondo il diritto comune.

Di qui l'impossibilità di derogare alla regola dello svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto concessionario o affidatario dell'appalto del servizio pubblico in ossequio ai principi di diritto comunitario invocati dall'appellante.

È noto, infatti, che, secondo l'insegnamento consolidato della Corte costituzionale (sentenze 113 del 1985 e 389 del 1989; ordinanze n. 274 del 1986 e 132 del 1990) le pronunce della Corte di giustizia delle comunità europee hanno efficacia diretta nell'ordinamento interno degli stati membri, al pari dei regolamenti e delle direttive e delle decisioni della Commissione, vincolando il giudice nazionale alla disapplicazione delle norme interne con esse configgenti.

In conclusione l'appello deve essere accolto con riguardo alla domanda di annullamento della deliberazione del Consiglio comunale di Bolzano 17 dicembre 2002 n. 124, concernente l'affidamento della gestione dei parcheggi comunali alla società SEAB s.p.a..

6. L'appellante, peraltro, aveva anche impugnato i provvedimenti del 2 giugno 2002 e 5 dicembre 2002 con i quali il Comune ha dato alla appellante formale disdetta del rapporto in scadenza il 31 dicembre 2002. Il TAR non ha accolto per varie ragioni le relative doglianze, e la SABA ha riproposto in appello le stesse censure. La controversia, in effetti, avrebbe potuto rientrare nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a norma dell'art. 33, comma 1 e 2, lett. e), del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, nel testo novellato con l'art. 7 della LEGGE 21 luglio 2000 n. 205, vertendo in materia di pubblico servizio.

A rideterminare i confini di tale giurisdizione è sopravvenuta, tuttavia, la sentenza 204 del 6 luglio 2004 della Corte Costituzionale, con la declaratoria di incostituzionalità, in parte qua, degli artt. 33, commi 1 e 2, e 34, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituiti dall'art. 7 lettere a) e b) della legge 21 luglio 2000, n. 205, di cui è d'uopo tener conto. Il principio enunciato dall'art. 5 Cod. prov. civ., infatti, a nor-

ma del quale la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, non opera quando la norma che detta i criteri determinativi della giurisdizione è successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima, in quanto l'efficacia retroattiva che assiste tale tipo di pronunce della Corte costituzionale preclude che la norma dichiarata illegittima possa essere assunta a canone di valutazione di situazioni o di rapporti anteriori alla pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità, ma non ancora esauriti al momento della pubblicazione della sentenza.

Per quanto qui interessa, la Corte ha statuito che "la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo", così assumendo, quale criterio di verifica della giurisdizione amministrativa esclusiva in questa materia, il fatto che nella controversia la pubblica amministrazione abbia veste di autorità ovvero, in altre parole, che il giudizio verta sull'esercizio da parte dell'amministrazione del potere di cui è attributaria e, dunque, sullo svolgimento della pubblica funzione.

Il precedente assetto del riparto giurisdizionale in tema di espletamento di pubblici servizi ne risulta in conseguenza mutato, di modo che attualmente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia non comprende più le controversie, riguardanti diritti soggettivi perfetti, nelle quali la pubblica amministrazione non sia coinvolta come autorità, ancorché scaturenti da rapporti di tipo concessorio.

7. Nel presente giudizio l'azione esperita dalla società ricorrente è, in realtà, volta a dimostrare con l'illegittimità degli atti recesso dalla convenzione, e, in conseguenza, la permanente validità del contratto; essa è, quindi, diretta a tutelare il diritto soggettivo perfetto all'esecuzione del contratto ed alle controprestazioni conseguenti. Il reale oggetto del giudizio, dunque, non è l'esercizio di una pubblica funzione da parte dell'Amministrazione, ma soltanto il rapporto convenzionale intercorrente tra le parti e le relative e reciproche posizioni di diritto soggettivo e di obbligo.

La controversia, pertanto, esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo, appartenendo alla cognizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria.

8. L'appellante aveva proposto anche domanda di risarcimento del danno, chiedendo la condanna dell'Amministrazione alla differenza tra i ricavi che avrebbe conseguito nel periodo successivo alla chiusura del rapporto e le spese che avrebbe sostenuto per la gestione del servizio.

La domanda non può essere accolta.

Deve, infatti, rammentarsi che, secondo il consolidato orientamento del giudice amministrativo, una volta intervenuto l'annullamento del provvedimento lesivo, ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno deve valutarsi la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa: è stato, infatti, più volte precisato che la responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione conseguente all'adozione di provvedimenti illegittimi deve essere inserita nel sistema delineato dagli articoli 2043 e seguenti del codice civile in base al quale l'imputazione non può avvenire sulla base del mero dato oggettivo dell'illegittimità del provvedimento, dovendo verificarsi che la predetta adozione (e l'esecuzione dell'atto impugnato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi (C.d.S., sez. IV, 5 ottobre 2005 n. 5367; 30 settembre 2005 n. 5204; 12 gennaio 2005, n. 45).

È stato, poi, evidenziato, anche con riferimento alla giurisprudenza comunitaria (Corte giustizia C.E. 5 marzo 1996, cause riunite nn. 46 e 48 del 1993; 23 maggio 1996, causa C5 del 1994), che in sede di accertamento della responsabilità della Pubblica amministrazione per danno a privati il giudice (amministrativo) può affermare la responsabilità quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e negandola quando l'indagine presupposta conduce al riconoscimento dell'errore scusabile (per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto) (C.d.S., sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500).

Nell'attuale fattispecie, in disparte la circostanza che l'atto di appello è del tutto privo di una qualche argomentazione sul punto, i ricordati presupposti non si rinvergono.

Non va dimenticato, a tale riguardo, che le norme dell'ordinamento della Regione Trentino – Alto Adige (art. 44 della legge regionale 4 gennaio 1993 n. 1, nel testo sostituito dall'art. 10, comma 1, della legge regionale 23 ottobre 1998, n. 10;) consentivano l'affidamento diretto del servizio pubblico ad una società per azioni, o a re-

sponsabilità limitata, alla condizione che vi sia “influenza dominante pubblica” (art. 44 cit. comma 6, lett. b), e ciò si verifica quando i comuni “detengono un numero di azioni tali da consentire di disporre della maggioranza dei diritti di voto nell’assemblea ordinaria, ovvero quando lo statuto della società preveda il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, sempre che il comune detenga almeno il venti per cento del capitale” (comma 10).

L’atto impugnato, dunque, alla stregua della specifica normativa provinciale, e salve le conseguenze, esaminate sopra, dell’efficacia diretta diritto comunitario, non poteva ritenersi illegittimo.

10. Inoltre, all’epoca dell’adozione della deliberazione qui annullata, nella materia dell’affidamento di servizi pubblici in house trovavano applicazione i principi di cui alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee 18 novembre 1999 in causa C-107/98 (Teckal), di cui si è già detto. E si è messo in evidenza (n. 3) come le espressioni usate in quell’occasione dal giudice comunitario autorizzassero a ritenere la piena legittimità dell’appalto a un soggetto distinto dall’ente pubblico, del quale quest’ultimo possedesse in misura maggioritaria il capitale sociale.

Ne costituisce prova indiretta l’art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326 è stato nuovamente modificato l’art. 113 del D.lgs. 267 del 2000 (testo unico delle leggi sugli enti locali) concernente la disciplina dei servizi pubblici, già modificato con l’art. 35 della legge 20 dicembre 2001 n. 448. Il comma 5 è stato interamente sostituito con una disposizione che, alla lettera c), riproducendo alla lettera le espressioni della sentenza Teckal, ammette il conferimento del servizio “a società a capitale interamente pubblico a condizione che l’ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano.”

Nessun addebito di negligenza o imperizia, quale fonte di colpa in funzione risarcitoria, può dunque essere mosso all’Amministrazione per aver adottato l’atto di affidamento del servizio alla SEAB.

11. Sussistono valide ragioni per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l’appello, e per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla i provvedimenti impugnati;

compensa le spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 28 febbraio 2006 con l’intervento dei magistrati:

Agostino Elefante	Presidente
Klaus Dubis	Consigliere
Raffaele Carboni	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere est.
Aniello Cerreto	Consigliere
L’ESTENSORE	IL PRESIDENTE
F.to Marzio Branca	F.to Raffaele Iannotta

Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza n. 5072 del 30/8/2006

Sulla rilevanza economica dei servizi socio-assistenziali, in quanto attività "astrattamente" remunerative e concorrenziali. Condizioni per l'affidamento in house providing.

È illegittimo l'affidamento diretto da parte di un ente locale ad una società a capitale pubblico maggioritario dei servizi pubblici di gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale, di assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, consegna di pasti caldi a domicilio, lavanderia e stireria, nonché gestione del centro di aggregazione per anziani. I suddetti servizi pubblici possiedono rilevanza economica, poiché si tratta di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale. Vero è che in base all'art. 113, c. 5 lett. c), del D.Lgs. 267/2000, anche la gestione dei servizi di rilevanza economica può essere affidata senza gara "a società a capitale interamente pubblico", ma ciò, "a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano" (c.d. affidamento in house providing). Secondo la giurisprudenza amministrativa e comunitaria, "per controllo analogo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario" (così Cons. Stato, VI Sez., 25/1/2005 n°168, si veda anche Corte Giust. C. E. 18/11/1999, in causa C-107/98). Nel caso di specie, il controllo esercitato sulla società dal comune non ha le caratteristiche volute dalla riferita disposizione normativa, in quanto gli amministratori, fintanto che sono in carica, gestiscono autonomamente le attività societarie senza che il Comune abbia alcun potere di intervento sui singoli atti gestionali. Tutto ciò esclude la presenza di una relazione di subordinazione gerarchica.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7550/2005, proposto dal Comune di ARZACHENA, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Maurizio ZOPPOLATO e Gian Comita RAGNEDDA e presso il primo elettivamente domiciliato in Roma, via del Mascherino 72,

CONTRO

la società OLTRANS SERVICE s.c.a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano DI MEO e Costantino MURGIA e presso il primo elettivamente domiciliata in Roma, via G. Pisanelli 2,

appellante incidentale

e nei confronti

della società GE.SE.CO. ARZACHENA - Gestione Servizi Comunali – s.r.l., in persona del legale rappresentante pt., non costituitasi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR della Sardegna, Sezione prima, 2 agosto 2005, n. 1729;
visto il ricorso in appello con i relativi allegati;
visto l'atto di costituzione in giudizio, con appello incidentale, della società Oltrans Service s.c.a r.l.;
viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
visti gli atti di causa;
relatore, alla camera di consiglio del 3 marzo 2006, il Consigliere Paolo BUONVINO;
uditi, per le parti, l'avv. Andrea MANZI, per delega dell'avv. Maurizio ZOPPOLATO, e l'avv. Costantino MURGIA;
visto il dispositivo n. 261 del 12.4.2006.
Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1) Con la sentenza appellata il TAR ha accolto il ricorso proposto dalla società Oltrans Service s.c.a r.l. per l'annullamento:

- delle deliberazioni nn. 103 e 104, ambedue del 3 dicembre 2004, con cui il Consiglio Comunale di Arzachena ha deciso l'affidamento diretto di taluni servizi pubblici locali alla GE.SE.CO. s.r.l.;
- della deliberazione consiliare 13 maggio 2004, n. 37, con cui il Comune stesso ha stabilito la costituzione di una società a responsabilità limitata a capitale pubblico maggioritario cui affidare in via diretta la gestione di taluni servizi pubblici locali ed ha approvato il relativo statuto;
- dei pareri sulla regolarità tecnica ed amministrativa espressi in ordine alle suddette deliberazioni;
- delle eventuali deliberazioni della Giunta Municipale di approvazione degli schemi di contratto intesi a regolare i rapporti tra società e comune, nonché dei contratti, se del caso, stipulati;
- degli eventuali provvedimenti adottati in esecuzione delle sopra citate deliberazioni consiliari;
- dei moduli organizzativi e funzionali per la gestione dei servizi del settore socio-assistenziale e dell'analisi di fattibilità richiamati nella menzionata deliberazione 104/2004.

Dopo aver rigettato le eccezioni di inammissibilità per carenza di interesse e di tardività dell'impugnazione di taluni dei provvedimenti impugnati e aver dichiarato inammissibile l'impugnazione contro la citata delibera n. 37/2004 (non essendo stata dedotta nei confronti di essa alcuna specifica censura), il TAR ha accolto il ricorso nel merito.

Ha esaminato, in particolare, congiuntamente, i motivi primo e quarto e ne ha ritenuto la fondatezza.

Ha premesso, in punto di fatto, il TAR, che con le impuginate deliberazioni nn. 103 e 104 del 3 dicembre 2004, il Consiglio Comunale di Arzachena ha, rispettivamente, affidato in via diretta alla GE.SE.CO. s.r.l. i seguenti servizi pubblici: a) gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale (delibera 103/2004); b) assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, consegna di pasti caldi a domicilio, lavanderia e stireria, nonché gestione del centro di aggregazione per anziani (delibera 104/2004).

Ciò ha fatto in asserita applicazione dell'art. 113 bis del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, sul presupposto che quelli affidati potessero essere qualificati come servizi privi di rilevanza economica ai sensi della citata norma.

Senonché, hanno osservato i primi giudici, all'epoca dell'adozione delle anzidette deliberazioni, l'art. 113 bis del menzionato D.Lgs. 267/2000 era già stato espunto dall'ordinamento, atteso che, con sentenza 27 luglio 2004, n. 272, il giudice delle leggi ne aveva dichiarato l'incostituzionalità, sicché, ai sensi dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, non poteva più farsene applicazione; donde l'illegittimità delle dette deliberazioni nn. 103 e 104 del 3 dicembre 2004.

Il TAR ha anche ritenuto, peraltro, che fondatamente la ricorrente aveva lamentato che, in ogni caso, i servizi in questione non potevano essere considerati "privi di rilevanza economica"; ciò in quanto la nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica e, per converso, quella di servizio privo di siffatta rilevanza, dev'essere ricostruita in via interpretativa, mancando una disposizione normativa che ne fornisca la definizione.

E, in proposito, ha ritenuto, il TAR, che la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza sia legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; di modo che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione; mentre può considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza; in altri termini, laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appaia in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica, ai sensi dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000, mentre, in via residuale, il servizio potrà qualificarsi come privo di rilevanza economica laddove non sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l'altra categoria.

Facendo applicazione dei concetti sopra esposti alla fattispecie, hanno concluso i primi giudici che i servizi pubblici affidati alla GE.SE.CO. con le deliberazioni impugnate, possedevano, sicuramente, rilevanza economica, trattandosi di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esisteva certamente un mercato concorrenziale, come emergeva, quantomeno, dal fatto, incontrovertito, che sino al 31 dicembre 2004 buona parte dei servizi in questione erano gestiti dall'odierna ricorrente e che la stessa aveva proposto ricorso proprio al fine di ottenere che l'affidamento dei servizi di che trattasi avvenisse mediante gara all'evidente scopo di parteciparvi.

Vero è – ha ancora rilevato il TAR – che in base all'art. 113, comma 5 lett. c), del ricordato D.Lgs. 267/2000, anche la gestione dei servizi di rilevanza economica può essere affidata senza gara “a società a capitale interamente pubblico”, ma ciò, “a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano” (c.d. affidamento in house providing); ma nel caso di specie il controllo esercitato sulla GE.SE.CO. dal Comune di Arzachena non aveva le caratteristiche volute dalla riferita disposizione normativa.

Secondo la giurisprudenza amministrativa e comunitaria, infatti, ad avviso del TAR, “per controllo analogo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario” (così Cons. Stato, VI Sez., 25 gennaio 2005, n°168; Corte Giust. C. E. 18 novembre 1999, in causa C-107/98); ma tali connotati non erano riscontrabili nella relazione tra resistente amministrazione e controinteressata, non potendosi ritenere sufficienti, invero, i poteri spettanti al Comune quale unico socio (approvazione dei bilanci, nomina e revoca degli amministratori e del collegio sindacale ecc.).

Al riguardo bastava osservare, sempre secondo il Tribunale, che: a) la norma richiedeva il “controllo analogo”, come requisito ulteriore rispetto a quello consistente nel fatto che il capitale debba essere interamente pubblico; b) come emergeva, comunque, dallo statuto depositato in giudizio, gli amministratori, fintanto che in carica, erano chiamati a gestire autonomamente le attività societarie senza che il Comune potesse avere alcun potere di intervento sui singoli atti gestionali; donde l'assenza di ogni relazione di subordinazione gerarchica.

Avendo ritenuto, pertanto, fondati i motivi ora detti, il TAR ha, in questa parte, accolto il ricorso, avendo, invece, assorbito le ulteriori censure prospettate.

2) Per il Comune appellante la sentenza sarebbe erronea e dovrebbe essere riformata anzitutto per avere rigettato le eccezioni di inammissibilità/irricevibilità dell'originario ricorso, che vengono qui riproposte.

Poi perché, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, il servizio di cui si tratta avrebbe avuto rilevanza meramente socio-assistenziale e sarebbe stato privo, quindi, di rilevanza economica; con la conseguenza che lo stesso sarebbe potuto essere legittimamente affidato senza ricorrere a pubblica gara, indipendentemente dal fatto che la norma di riferimento (art. 113 bis del D.Lgs. 267/2000) fosse stata, medio tempore, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale trattandosi di settore di disciplina normativa riservato alle regioni.

Ma se anche al servizio in parola dovesse essere, in subordine, riconosciuta rilevanza economica, non di meno lo stesso sarebbe stato – ad avviso dell'appellante – correttamente affidato a GE.SE.CO. s.r.l. trattandosi di

società a responsabilità limitata costituita dal Comune e dallo stesso interamente partecipata e controllata (anche a mezzo di un apposito Comitato, giusta art. 8.3 dello Statuto societario) e destinata a svolgere in maniera prevalente le proprie attività a favore del Comune stesso.

3) Resiste la società ricorrente in primo grado che insiste per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza appellata, svolgendo, congiuntamente, appello incidentale con il quale contesta la sentenza stessa laddove, in ipotesi, avesse ritenuto che, nella specie, fosse stato dal Comune applicato l'art. 113 del D.Lgs. 267/2000 (mentre la motivazione addotta dal TAR anche con riguardo a tale ultima norma dovrebbe essere intesa quale motivazione ad abundantiam); inoltre, impugna incidentalmente la sentenza anche nella parte in cui ha ritenuto inammissibile l'impugnativa della delibera consiliare n. 37 del 2004, in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, pure avverso di essa sarebbero state svolte idonee censure.

Con memorie conclusionali le parti ribadiscono i rispettivi assunti difensivi.

DIRITTO

1) Con la sentenza appellata il TAR ha accolto il ricorso proposto dalla società Oltrans Service s.c.a r.l. per l'annullamento delle deliberazioni nn. 103 e 104, ambedue del 3 dicembre 2004 (con le quali il Consiglio Comunale di Arzachena ha deciso l'affidamento diretto di taluni servizi pubblici locali alla GE.SE.CO. s.r.l.), nonché della deliberazione consiliare 13 maggio 2004, n. 37 (con cui il Comune stesso ha stabilito la costituzione di una società a responsabilità limitata a capitale pubblico maggioritario cui affidare in via diretta la gestione di taluni servizi pubblici locali ed ha approvato il relativo statuto) e atti presupposti, connessi e consequenziali.

2) Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni di inammissibilità e irricevibilità dell'originario ricorso disattese dal TAR e in questa sede ribadite con l'appello dal Comune di Arzachena.

In proposito va rilevato che l'impugnativa delle delibere nn. 103 e 104 del 3 dicembre 2004 era certamente tempestiva, il ricorso di primo grado essendo stato notificato il 28 dicembre 2004; pertanto, laddove le delibere stesse sono state contestate nella parte in cui qualificavano il servizio in questione come privo di rilevanza economica e facevano, quindi, applicazione dell'art. 113 bis del TU 267 del 18 agosto 2000, le stesse erano da ritenere ricevibili.

Né si trattava di provvedimenti meramente attuativi della deliberazione consiliare del 13 maggio 2004, n. 37, costitutiva della società a capitale pubblico prevalente GE.SE.CO. s.r.l. (impugnativa che il TAR ha ritenuto inammissibile, peraltro, per mancata puntualizzazione di censure avverso di essa), in quanto andava comunque verificato se le deliberazioni stesse, anche tenuto conto della situazione giuridica in atto al momento della loro adozione, potessero o meno ritenersi ancora conformi all'ordinamento e allo stesso provvedimento, che ne costituiva presupposto, di costituzione di società a totale capitale pubblico per l'affidamento ad essa di una serie di pubblici servizi tra cui quelli in esame.

Quanto all'impugnativa della deliberazione n. 37 del 2004, poiché il TAR l'ha ritenuta inammissibile per omesso svolgimento, nei suoi confronti, di specifiche censure, il Comune appellante non avrebbe neppure un interesse attuale e concreto a una pronuncia in merito all'ammissibilità o meno della sua impugnativa sotto profili differenti rispetto a quello di inammissibilità già rilevato dagli stessi primi giudici.

In proposito vi è, peraltro, appello incidentale svolto dall'originaria ricorrente, che assume l'erroneità, sul punto, della sentenza in quanto le censure di primo grado si sarebbero estese, in effetti, anche ai contenuti della medesima delibera n. 37/2004, istitutiva di GE.SE.CO s.r.l..

Al riguardo, peraltro, pur non apparendo priva di consistenza la censura incidentale ora detta, va, non di meno, dichiarata l'irricevibilità, sul punto, dell'originario ricorso in quanto l'impugnativa della deliberazione stessa è intervenuta al di là del termine di decadenza, decorrente dalla sua pubblicazione presso l'albo pretorio comunale; e, quanto al carattere immediatamente lesivo di siffatte determinazioni e all'esigenza di tempestiva loro impugnazione nell'ordinario termine di decadenza basti richiamarsi alle decisioni della Sezione 3 febbraio 2005, n. 272; 24 marzo 2004, n. 1543; 30 giugno 2003, n. 3864.

3) Esclusa, dunque, la fondatezza delle eccezioni pregiudiziali sollevate dal patrocinio dell'appellante con riguardo alle delibere nn. 103 e 104 del 2004, può osservarsi, passando al merito del gravame, che la società

GE.SE.CO. s.r.l. è stata costituita, invero, con la citata delibera consiliare n. 37/2004, per lo svolgimento di molteplici servizi rientranti nella sfera di competenza comunale.

Tra questi, era indicata, nella delibera di costituzione: la “gestione di strutture sanitarie e socio-assistenziali per l'erogazione di servizi sanitari e parasanitari di pubblico interesse quali, a titolo esemplificativo, centri diurni, case di riposo e comunità alloggio per anziani e minori”.

Per quanto qui interessa, con le ripetute, successive deliberazioni del 3 dicembre 2004, nn. 103 e 104, il Comune ha proceduto ad affidare, alla medesima, i seguenti servizi pubblici locali (qualificati, nelle stesse delibere, come “servizi privi di rilevanza economica”): da un lato (delibera n. 103), il centro educativo diurno per minori e la mensa sociale di Arzachena; dall'altro (delibera n. 104) l'assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, la consegna di pasti caldi a domicilio, i servizi di lavanderia e stireria, nonché la gestione del centro di aggregazione per anziani.

Ebbene, tale affidamento è intervenuto sulla base di due puntuali ed espressi presupposti:

- il carattere di “servizi privi di rilevanza economica” che connaturava i servizi stessi;
- la conseguente applicazione della disciplina di cui all'art. 113 bis del D.Lgs. 267/2000 (a mente del quale per tale tipologia di servizi può procedersi ad affidamento diretto, tra le altre - comma 1, lett. c) - a società a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano).

Senonché, tale affidamento è intervenuto, in concreto, in un momento in cui la speciale disciplina di riferimento era stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza 272 del 27 luglio 2004, in quanto la norma stessa era da ritenersi invasiva della sfera legislativa riservata alle regioni.

In tale situazione, venuta in essere allorché il Comune aveva già costituito la società in parola (delibera del 13 maggio 2004, pubblicata all'albo pretorio il successivo 19 maggio), ma certamente antecedente rispetto al momento di adozione delle delibere nn. 103 e 104 di cui si discute, non poteva l'Amministrazione comunale stessa trascurare di prendere in considerazione il radicale mutamento del quadro normativo di settore.

L'art. 113 bis del D.Lgs. 267/2000 costituisce, infatti, norma derogatoria e di carattere eccezionale che consente di affidare in concessione pubblici servizi ad uno specifico soggetto economico (la società a capitale interamente pubblico) senza dover ricorrere alle procedure di evidenza pubblica che, altrimenti, dovrebbero necessariamente connotare l'affidamento in concessione di un pubblico servizio, indipendentemente anche dall'operatività o meno, nel settore specifico di cui si tratta, delle norme o dei principi di fonte comunitaria.

In sede di affidamento di un pubblico servizio non può, infatti, derogarsi ai principi generali di trasparenza, economicità, efficacia e non discriminazione che presiedono al settore, con la conseguenza che l'affidamento stesso non può, di norma, essere operato al di fuori di procedure non concorrenziali, se non sulla base di deroghe espressamente previste dal legislatore.

Ebbene, una volta venuta meno – come con riguardo al caso di specie - la speciale disciplina di riferimento che consentiva di derogare all'affidamento con strumenti di evidenza pubblica, il Comune non avrebbe potuto procedere oltre nelle sue iniziative proprio in considerazione del fatto che, a suo avviso, il servizio di cui si trattava – come, del resto, principalmente ribadito nel presente appello - sarebbe stato privo rilevanza economica e che rispetto ad esso, quindi, non avrebbe potuto più trovare applicazione proprio la disciplina di cui al ripetuto art. 113 bis.

Il venir meno di tale disciplina specifica di settore, del resto, avrebbe dovuto far riflettere il Comune anche in merito alla permanente efficacia della stessa delibera istitutiva della società pubblica nella parte in cui la medesima, ai fini dell'affidamento di servizi privi di rilevanza economica, poggiava essenzialmente sulla piena operatività della norma dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale; ma dalle delibere nn. 103 e 104 del 2004, di cui qui si discute, non emerge che il Comune stesso si sia dato carico, in alcun modo, della cennata pronuncia della Suprema Corte e che, in particolare, nessun apprezzamento abbia operato per verificare se, alla luce della novità normativa legata alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 113 bis, sussistessero ancora i presupposti, sia in fatto che in diritto, per tenere ferma nella sua completezza – e, cioè, anche con riguardo ai servizi privi di rilevanza economica - la delibera n. 37 del 2004.

4) A ben vedere, peraltro, il servizio di cui si tratta non era affatto privo di rilevanza economica.

Contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, invero, deve convenirsi con il TAR in merito al fatto che, pur se espressamente qualificati dal Comune come "servizi privi di rilevanza economica", non di meno gli stessi erano, invece, dotati di tale connotato; basti, considerare, a tal fine, che, prima di scegliere la strada della costituzione della società a capitale pubblico prevalente e di affidamento dei servizi di cui si tratta alla medesima, lo stesso Comune di Arzachena aveva indetto una gara a licitazione privata, indicando gli importi annuali di riferimento sui quali applicare gli eventuali ribassi offerti dai concorrenti, precisando, tra l'altro, che nel formulare l'offerta i concorrenti avrebbero dovuto anche tenere specifico conto degli aspetti remunerativi e compensativi; donde il carattere significativamente lucrativo dell'appalto in questione; appalto, del resto, già in precedenza assegnato alla stessa odierna appellata in forza di una ordinaria gara d'appalto di servizi.

Carattere confermato, inoltre, anche dal contratto di servizio stipulato tra Comune e GE.SE.CO. s.r.l., in cui viene precisato che "l'importo complessivo dell'appalto per il triennio 2005/2007 è stabilito in € 1.232.321,90, oltre IVA di legge..."; che "gli oneri sono da considerarsi compensativi di qualsiasi attività inerente i servizi nel loro complesso..."; che "il canone d'appalto, per l'intero triennio, viene determinato dal costo orario onnicomprensivo per le prestazioni delle figure professionali addette ai servizi interessati, maggiorato di una percentuale del 10% per spese di gestione".

Se pure è vero, quindi, che i servizi in parola sono connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, non di meno è intrinseca, nell'espletamento degli stessi, anche una rilevante componente economica tesa ad assicurare non la mera copertura delle spese sostenute, ma anche un potenziale profitto d'impresa attraverso la copertura forfetaria dei costi di gestione nella misura del 10% del valore dell'appalto.

Ciò appare confermato, in particolare, dal fatto - rilevabile dalla documentazione prodotta dallo stesso Comune appellante - che, in sede di approvazione dei contratti di servizio relativi alle attività di cui si tratta, si è tenuto conto di una tabella di raffronto tra i costi sostenuti dal Comune per compensare, nel corso del 2004, la società Oltrans Service s.c.a r.l. e i corrispondenti oneri da sostenere per compensare la società GE.SE.CO. s.r.l. nel corso del 2005; oneri, tra l'altro, certamente e significativamente maggiorati.

Vero che, in sede contrattuale, il canone riconosciuto spettante a GE.SE.CO. s.r.l., risulta, in parte, inferiore rispetto a quello prospettato nella detta tabella; non di meno, lo stesso appare di importo sensibilmente superiore rispetto ai costi sostenuti dal Comune per compensare la società che nel 2004 aveva gestito i servizi in parola; da ciò emerge che la determinazione del canone a favore di GE.SE.CO. s.r.l. ha preso in considerazione gli oneri economici e i compensi già tenuti in conto dalla precedente affidataria conducendo, poi, ad una loro rilevante rivalutazione, in misura non lontana dal 20%; si tratta, in questo caso, di diseconomie rispetto alla situazione antecedente - di cui, tra l'altro, non risulta che gli organi comunali si siano fatti espressamente carico - che muovono, comunque, da dati economici correlati ad un utile di impresa che non risulta affatto venuto meno ma, semmai, in assenza di ogni contraria indicazione, oggettivamente integrato in sede di passaggio alla gestione diretta dei servizi in parola.

Questi, invero, sono destinati, nella specie, ad essere resi a beneficio di taluni settori "deboli" della collettività, senza oneri corrispettivi diretti a carico degli assistiti; ciò non costituisce, peraltro, necessario indice di servizio privo di rilevanza economica in quanto, altrimenti, qualsiasi tipologia di servizio reso gratuitamente a favore della collettività a cagione di scelte di opportunità di volta in volta operate dall'amministrazione potrebbe essere riguardato quale servizio privo di rilevanza economica.

5) Si aggiunga che la valutazione relativa al carattere privo o meno di rilevanza economica del servizio in affidamento non può andare disgiunta da una considerazione globale dell'attività posta in essere dalla società affidataria.

Se un soggetto societario è stato costituito, come nella specie, per svolgere, accanto ad attività di significativa rilevanza sociale, anche e soprattutto attività di preminente rilevanza economica (servizi relativi ai porti turistici, servizi relativi ad aree archeologiche ecc., compresi agenzie, bar, ristoranti, negozi di interesse turistico, servizi relativi a parcheggi pubblici, servizi connessi a impianti sportivi ivi comprese eventuali strutture ricettive, servizi di trasporto pubblico scolastico, turistico, di disabili, servizi di pulizia presso stabili, uffici etc.), nonché operazioni - ancorché accessorie - finanziarie e immobiliari, anche a mezzo di strumenti derivati (come la concessione di fi-

deiezioni, avalli, cauzioni, garanzie anche a favore di terzi, “nonché assumere solo a scopo stabile investimento e non di collocamento, partecipazioni in società italiane ed estere aventi oggetto analogo o affine”), deve aversi riguardo non al semplice contenuto specifico dei singoli servizi affidati, ma all’interesse economico globalmente perseguito a livello societario; la struttura societaria, infatti, è, nella specie, unitaria e profitti e perdite concorrono a formare il bilancio societario in termini parimenti unitari; per cui eventuali aspetti deficitari relativi ad un singolo servizio ritenuto astrattamente privo di rilevanza economica ben possono e debbono essere corretti dagli aspetti compensativi legati all’espletamento di servizi dotati di rilevanza economica.

In altre parole, allorché, come nella specie, venga costituito un soggetto societario unitario chiamato a svolgere, indifferentemente, sia servizi dotati di rilevanza economica, sia servizi che, astrattamente, potrebbero esserne privi, deve aversi comunque riguardo alla globalità dei servizi espletati dal soggetto societario stesso e, quindi, al carattere essenzialmente economico che li contraddistingue e che impedisce di porli su piani separati e non comunicanti.

Non può aversi riguardo, in definitiva, in ipotesi siffatte, all’astratta natura del servizio di cui si tratta (se di rilevanza sociale o meno), ma alla concreta natura del suo espletamento, ai suoi specifici connotati economico-organizzativi, alla natura del soggetto chiamato ad espletarlo; e, nella specie, sia la concreta struttura del servizio, sia le modalità di affidamento che nel tempo lo hanno connotato, sia la natura del soggetto destinatario dell’affidamento diretto inducono ad escludere che si versi in presenza di un servizio privo di rilevanza economica.

6) Si tratta, a questo punto, di verificare se l’affidamento diretto in parola sia o meno legittimo tenuto conto dei principi, di fonte comunitaria, che disciplinano la materia.

In proposito ritiene la Sezione che l’affidamento diretto di cui si discute sia illegittimo per contrasto con i principi comunitari desumibili dalla sentenza della Corte di Giustizia 13 ottobre 2005, nella causa C-458/03 (Parking Brixen GmbH),

Con la pronuncia “Parking Brixen” ora detta, la Corte comunitaria ha condotto un ulteriore approfondimento sul tema relativo all’affidamento diretto di pubblici servizi - in particolare, per ciò che attiene al “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi” da parte degli enti pubblici titolari del capitale sociale - pervenendo ad una più puntuale individuazione dei caratteri del controllo che l’ente deve poter esercitare sulla società affidataria del servizio pubblico (prg. 67-69 della sentenza ora citata).

In primo luogo, il possesso dell’intero capitale sociale da parte dell’ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi.

E proprio tale situazione è verificabile nell’odierna fattispecie, dal momento che lo Statuto societario – oltre alla deliberazione costitutiva della Società – prevede espressamente che, in prosieguo, possono entrare a far parte della società anche imprese, singole o società di capitali, pure private, con partecipazione fino al 49% del capitale sociale.

E se è vero che, al momento dell’affidamento di cui si discute, non era intervenuta alcuna cessione di capitale a favore di soggetti terzi, ciò non toglie che elemento discriminante, ad avviso della Corte europea, è rappresentato dal fatto stesso della cedibilità, ancorché solo minoritaria, di parte del capitale sociale a beneficio di soggetti privati.

Né rileva, in contrario, il fatto che a mente dell’art. 10 dello Statuto societario, la quota di proprietà pubblica è cedibile (nel limite massimo del 49%) a condizione che il cessionario venga scelto mediante procedure di evidenza pubblica; ciò in quanto è la cessione stessa di quota societaria a condurre, in prospettiva, alla perdita del controllo analogo da parte del Comune.

In secondo luogo, è stata presa in considerazione, dalla Corte europea, l’ampiezza dei poteri propri del consiglio d’amministrazione secondo la disciplina risultante dallo statuto della società affidataria.

A tale riguardo, la Corte ha affermato che, se il consiglio d’amministrazione “dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell’oggetto sociale”, i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci dal diritto societario non sono sufficienti a consentire all’ente di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Ebbene, nella specie il Consiglio d'Amministrazione o gli altri soggetti (un amministratore unico o due o più amministratori con poteri congiunti o disgiunti) deputati all'amministrazione societaria ai sensi dell'art. 18 dello Statuto, dispongono, ai sensi del successivo art. 23, di poteri amministrativi di gestione che si sottraggono (salvo che in limitate fattispecie dallo stesso Statuto indicate allo stesso art. 23, al punto 2 e consistenti nella sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o in una rilevante modificazione dei diritti dei soci), al diretto controllo dei soci e, in particolare, del detentore pubblico del capitale sociale, ciò che lascia aperta la porta a scelte dell'organo amministrativo sottratte al diretto controllo comunale.

Quanto al fatto che, ai sensi dell'art. 8.3 dello Statuto, il Comune, nel caso di affidamento diretto, debba costituire un Comitato di controllo sulla gestione dei servizi affidati, è indice di un potere di verifica dell'azione societaria, ma la norma non individua alcuna puntuale modalità di intervento, né di concreta influenza sulle decisioni comunque assunte; né risulta che, contestualmente all'avvenuto affidamento, tale organo sia stato, in effetti, concretamente costituito.

Quanto, infine, ai più marcati poteri che il socio è in grado di assumere in una società a responsabilità limitata quale quella di specie, gli stessi rilevano in sede di assemblea, ma, stando alla disciplina statutaria della società in questione, non emerge una diretta potestà di intervento dei soci stessi e, in particolare, del Comune, nella gestione societaria; e la previsione (art. 32.2 dello Statuto) della trasmissione e illustrazione - da parte della società - al Consiglio comunale di Arzachena dei risultati di bilancio, nonché della relazione in merito all'andamento industriale, economico e finanziario della società appaiono indici della possibilità, per il Comune, di conoscere puntualmente dell'andamento e delle prospettive societarie; ma la norma non indica quali possano essere le specifiche possibilità di intervento sulla gestione societaria che possono fare concretamente seguito alla presa di conoscenza dei detti elementi da parte dell'organo consiliare.

Da tutto quanto precede consegue, in definitiva, il difetto, nella specie, di taluni requisiti essenziali che – secondo l'orientamento della Corte di Giustizia – legittimano l'affidamento diretto del servizio di cui si tratta; donde l'annullamento delle impugnate deliberazioni consiliari nn. 103 e 104 adottate dal Comune di Arzachena il 3 dicembre 2004.

7) Va rigettato, infine, anche l'appello incidentale che si concentra, in effetti, sulla asserita erroneità della sentenza appellata per aver ritenuto che avverso la delibera n. 37 del 2004, costitutiva della società GE.SE.CO. s.r.l., non fossero state svolte puntuali censure e che il relativo capo di impugnativa fosse, quindi, inammissibile.

Come rilevato, invero, l'impugnazione di detta deliberazione va ritenuta tardiva, sicché perdono di consistenza tutte le censure comunque svolte avverso di essa con il ricorso di primo grado.

8) Per tali motivi l'appello principale e quello incidentale appaiono infondati e, per l'effetto, devono essere respinti.

Le spese del grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Sezione quinta, respinge l'appello principale e quello incidentale.

Spese del grado compensate.

La presente decisione sarà eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma il 3 marzo 2006 e, in prosieguo, in quella dell'11 aprile 2006, dal Collegio costituito dai sigg.ri:

Omissis

L'ESTENSORE
f.to Paolo Buonvino

IL PRESIDENTE
f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO
f.to Gaetano Navarra

TAR Piemonte, Sez. II, Sentenza n. 4164 del 13/11/2006

È legittimo e conforme al diritto comunitario l'affidamento diretto di un servizio pubblico solo se sussistono i requisiti del "controllo analogo" e della "prevalenza". Indici che escludono la presenza del controllo analogo.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, i criteri per i quali è considerato legittimo e conforme all'ordinamento comunitario l'affidamento diretto di servizi pubblici, anche locali sono il "controllo analogo" e la "rilevante attività". I suddetti requisiti devono sempre essere accertati se si vuole affidare direttamente a società, miste o a capitale interamente pubblico, un appalto o una concessione di un pubblico servizio, anche locale se a rilevanza economica. La giurisprudenza comunitaria, inoltre, ha precisato che le due condizioni ("controllo analogo" e "prevalenza") devono essere "... oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene". L'ampliamento dell'oggetto sociale, l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali, l'espansione territoriale della società ed i considerevoli poteri del relativo Consiglio di Amministrazione costituiscono indici che escludono la presenza del "controllo analogo".

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte
2^a Sezione

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 379/2006 proposto da S.E.A. - SOLUZIONI ECOLOGICHE AMBIENTALI S.r.l., con sede in Torino, via Livorno n. 60, in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione in carica Marco Origliasso, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mariateresa Quaranta e Alfredo Lanfredi ed elettivamente domiciliata in Torino, via Torricelli n. 12, presso lo studio della prima,

contro

il Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente di Cirié, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Domenico Prato e Alessandro Angelini ed elettivamente domiciliata in Torino, corso Vittorio Emanuele II n. 82, presso lo studio dei medesimi,

e nei confronti

della SETA - Società Ecologica Territorio Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Santilli e Francesca Dealessi ed elettivamente domiciliata in Torino, via Sacchi n. 44, presso lo studio dei medesimi,

per l'annullamento, previa sospensiva,

- a) della deliberazione del Consiglio di amministrazione del 15.2.2006, n. 23, con cui il Consorzio Intercomunale di servizi per l'ambiente di Cirié (d'ora in poi - per brevità - "Consorzio") ha deliberato di affidare in house, ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 267/2000, alla SETA S.p.A. i servizi di raccolta, trasporto ed igiene urbana dei Comuni di Cafasse, Fiano, Givoletto, Grosso, La Cassa, Mathi, Nole, Robassomero, Rocca Canavese, San Carlo Canavese, Val della Torre, Varisella, Vauda e Villanova, nonché di rinviare a successivo provvedimento l'approvazione del contratto di servizio espressamente previsto nella "Convenzione per

l'affidamento a SETA S.p.A. dei servizi di gestione dei rifiuti urbani e di nettezza urbana relativi a Comuni aderenti al Consorzio CISA”;

- b) della deliberazione del Consiglio di Amministrazione del 15.2.2006, n. 22, con cui il Consorzio ha deliberato di revocare il proprio atto n. 2 dell'11.1.2006, con cui aveva deciso di affidare con gara i servizi di cui sopra nei Comuni di San Carlo Canavese, Val della Torre e Givoletto;
- c) per quanto possa occorrere, della deliberazione dell'Assemblea Consorziale n. 3 del 1.2.2006, con cui il Consorzio ha deliberato di richiedere alla SETA S.p.A. la riformulazione della proposta tecnico-economica concernente l'affidamento in house dei servizi di igiene urbana dei comuni detti in premessa con un ribasso sui prezzi di capitolato allegato al progetto di gestione di almeno il 5% e, in caso di riformulazione della proposta in questo senso, ha deliberato che avrebbe affidato in house alla SETA S.p.A. i servizi in questione;
- d) sempre per quanto possa occorrere, del protocollo di intesa in data 16.6.2005, con cui il Consorzio e la SETA S.p.A. hanno definito i termini di partecipazione del primo alla seconda;
- e) di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso o consequenziale.

Visto il ricorso e la relativa documentazione.

Viste la memoria di costituzione e risposta del Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente di Cirié e la relativa documentazione.

Vista la memoria costitutiva della SETA S.p.A. e la relativa documentazione.

Viste le memorie depositate dalle parti.

Visti gli atti tutti della causa e le relative produzioni documentali.

Relatore all'udienza del 12 luglio 2006 il Referendario Ivo Corrales.

Uditi gli avv.ti M. Quaranta per la società ricorrente, D. Prato e A. Angelini per il Consorzio resistente e G. Santilli per la SETA S.p.A..

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente di Cirié, consorzio obbligatorio costituito ai sensi dell'art. 31 D.Lgs. 267/2000 di cui fanno parte 38 comuni piemontesi, approssimandosi - alla fine di marzo 2006, di maggio 2006 e di luglio 2006 - la scadenza contrattuale del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati ed igiene urbana per alcuni comuni ad esso facenti capo, svolto dalla S.E.A. - Soluzioni Ecologiche Ambientali S.r.l., deliberava in data 11 gennaio 2006 di approvare il progetto di dettaglio, il capitolato speciale d'appalto e il relativo bando di gara nei comuni di San Carlo Canavese, Val della Torre e Givoletto che, unitamente al Comune di Vauda, avevano manifestato la loro intenzione di affidare il servizio in questione mediante procedura ad evidenza pubblica, non ritenendo di concordare con la proposta rappresentata dal Consorzio medesimo di affidamento diretto alla SETA S.p.A., società a capitale interamente pubblico, inviata ai 14 comuni interessati in data 29 dicembre 2005.

Il medesimo Consorzio, comunque, inviava alla SETA S.p.A., in date 5 gennaio 2006 e 30 gennaio 2006, la documentazione progettuale ed uno schema di capitolato d'appalto ai fini dell'affidamento "in house" del servizio in scadenza per i restanti comuni e la SETA S.p.A., in data 31 gennaio 2006, faceva pervenire al Consorzio la relativa proposta tecnico-economica.

L'Assemblea consorziale, con deliberazione n. 3 in data 1 febbraio 2006, stabiliva di invitare il Presidente del Consiglio di Amministrazione del Consorzio a richiedere alla SETA S.p.A. la riformulazione della proposta economica concernente l'affidamento "in house" dei servizi di igiene urbana dei comuni detti in premessa che prevedesse un ribasso sui prezzi di capitolato, allegato al progetto di gestione, di almeno il 5%, aggiungendo che, ove fosse stata riformulata l'offerta nel senso predetto, l'affidamento in house avrebbe avuto luogo, mentre, in caso contrario, sarebbe stata bandita una gara ad evidenza pubblica.

La SETA S.p.A., preso atto, con nota dell'8 febbraio 2006, confermava la propria proposta economica per un costo pari al 5% in meno rispetto all'ammontare complessivo indicato nel capitolato e nella documentazione allegata, ferma restando l'offerta per i servizi aggiuntivi.

Il Consiglio di Amministrazione del Consorzio stabiliva: a) con la deliberazione n. 22 del 15 febbraio 2006, di revocare il proprio atto n. 2 dell'11 gennaio 2006 ad oggetto: "Servizio di raccolta e trasporto R.S.U., assimilati, R.D. e N.U. nei Comuni di San Carlo C.se, Val della Torre e Givoletto. Approvazione progetto di dettaglio, C.S.A. e Banda di Gara"; b) con la deliberazione n. 23 in pari data, di affidare "in house", ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), D.Lgs. 267/2000, alla SETA S.p.A., con sede in Settimo Torinese, via Verga n. 40, i servizi di raccolta, trasporto e igiene urbana, con diversa decorrenza, dei comuni di Cafasse, Fiano, Givoletto, Grosso, La Cassa, Mathi, Nole, Robassomero, Rocca Canavese, San Carlo Canavese, Val della Torre, Vauda Canavese e Villanova, alle condizioni di cui alle offerte economiche con allegate proposte innovative e migliorative di SETA S.p.A. del 31.1.2006 e dell'8.2.2006, di rinviare a successivo provvedimento l'affidamento "in house" del relativo servizio nel comune di Varisella, a decorrere dal 1° giugno 2007, alle stesse condizioni di cui alle offerte di SETA S.p.A. suddette, per le motivazioni indicate in narrativa.

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 30 marzo 2006, la S.E.A. - Soluzioni Ecologiche Ambientali S.r.l. chiedeva, previa sospensione, l'annullamento di tali deliberazioni, nonché della presupposta deliberazione dell'Assemblea consortile del 1 febbraio 2006 e del protocollo d'intesa del 16 giugno 2005 con la quale il Consorzio e la SETA S.p.A. avevano definito i termini di partecipazione del primo alla seconda, lamentando:

I. Violazione di legge, con riferimento all'art. 113, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 267/2000, nonché agli articoli 43, 49 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità Europea.

La società ricorrente ricostruiva preliminarmente il quadro normativo in materia di affidamento diretto di servizi pubblici, richiamando, in primo luogo, gli artt. 43, 49, primo comma, e 86, primo comma, del Trattato CE, che vietano, rispettivamente, le restrizioni alla libertà di stabilimento, le restrizioni alla libera prestazione di servizi e l'adozione di misure contrarie alle norme del Trattato medesimo in favore di imprese pubbliche o a cui sono riconosciuti diritti speciali o esclusivi.

Ne conseguiva, secondo la S.E.A. S.r.l., che l'obbligo di scegliere con gara gli affidatari di servizi pubblici deriva in via diretta già dall'applicazione delle norme del Trattato, come più volte ribadito anche dalla giurisprudenza amministrativa, e che l'affidamento diretto costituisce un'eccezione nell'attuale quadro normativo comunitario.

La normativa nazionale di riferimento, a sua volta, è costituita dall'art. 113, comma 5, D.Lgs. 267/2000, come modificato dall'art. 14 legge 326/2003, laddove, alla lettera c), è specificato che l'erogazione del servizio, oltre alle ipotesi di cui alle lettere a) e b), può essere conferita a "... società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

Osservava la società ricorrente che tale norma, nella sua attuale formulazione, rispetta le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, confermata anche successivamente all'entrata in vigore della norma, come riportata in sintesi.

Da essa si ricava che l'ampliamento dell'oggetto sociale, l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali, l'espansione territoriale della società ed i considerevoli poteri del relativo Consiglio di Amministrazione costituiscono indici che escludono la presenza del "controllo analogo" richiesto dalla norma in questione.

Così pure il Consiglio di Stato ha richiamato tali principi, specificando che il "controllo analogo" corrisponde ad un vero rapporto di subordinazione gerarchica, con controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico su quello societario, il quale, a sua volta, è istituzionalmente destinato in modo assorbente ad operare in favore del primo, secondo anche quanto desumibile nell'atto costitutivo e nello statuto della società interamente partecipata.

Nel caso di specie, la società ricorrente non rinveniva il rispetto dei presupposti fondamentali indicati nell'art. 113, comma 5, lett. c), D.Lgs. cit. perché il Consorzio affidatario del servizio non esercita un controllo analogo a quello che eserciterebbe sui propri servizi e la SETA S.p.A. non svolge la parte più rilevante della propria attività in favore del Consorzio medesimo.

Quest'ultimo, secondo il protocollo d'intesa sottoscritto tra le parti il 18 luglio 2005, sarebbe titolare di una partecipazione limitata al 10% del capitale sociale. Inoltre, da una visura effettuata presso la camera di Commercio di Torino, non risultava alcuna attuale partecipazione in SETA S.p.A. da parte del Consorzio, se non limitata al 2,5% del capitale sociale.

Secondo il protocollo d'intesa tra le parti, poi, il Consorzio avrebbe diritto solo di segnalare - e non nominare - due membri del Consiglio di Amministrazione, su un totale di nove.

Il Consorzio, inoltre, viene consultato per alcune problematiche gestionali specifiche, in relazione al bacino di utenza, ma non detiene alcun potere decisorio relativamente ad esse né in ordine all'approvazione del bilancio di esercizio o alla modifica di schemi-tipo di contratti di servizio o dello statuto sociale.

In secondo luogo, la società ricorrente rilevava che anche il requisito della prevalenza dell'attività svolta in favore dell'ente controllante era assente.

L'oggetto sociale della SETA S.p.A. è molto ampio, comprendendo varie attività ai fini del conseguimento, anche indiretto, degli scopi sociali; in più, il fatturato annuale che la medesima società ricaverà per i servizi resi al Consorzio si attesta intorno alla cifra di euro 1.632.875,00, laddove le entrate riguardanti i servizi resi al di fuori dell'ambito territoriale consortile, nel 2004, ammontavano a euro 25.956.805, di cui 19.247.887 per servizi di igiene ambientale.

Il fatturato per i servizi resi all'interno del Consorzio ammonta, quindi, a circa il 7-8% di quello complessivo e la società ricorrente evidenziava anche che la SETA S.p.A. partecipa a numerose gare d'appalto per servizi di raccolta e trasporto di rifiuti in comuni non compresi nella Regione Piemonte, concorrendo con altri operatori privati, differenziando, così, la sua attività rispetto a quella che interessa il Consorzio affidatario.

Si costituiva in giudizio il Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente di Cirié, rilevando, preliminarmente, la carenza di interesse in capo alla società ricorrente, in quanto l'art. 113, comma 6, D.Lgs. 267/2000 preclude l'ammissione alle gare di cui al comma precedente - cui la S.E.A. S.r.l. ambirebbe a partecipare ove fosse bandita - alle società che in Italia o all'estero gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura ad evidenza pubblica o a seguito dei relativi rinnovi.

Al Consorzio risultava che la società ricorrente gestiva nel Comune di Varisella il servizio in questione in virtù della cessione di un ramo d'azienda e, nei comuni di Fiano, Givoletto, La Cassa, Val della Torre e Robassomero, in virtù di affidamento diretto.

Di conseguenza, in assenza della dimostrazione contraria, il Consorzio rilevava l'assoluta carenza di interesse della S.E.A. S.r.l. al presente gravame.

Nel merito, il Consorzio contestava comunque la fondatezza del ricorso, confutando dettagliatamente le tesi della società ricorrente e tendendo a dimostrare la sussistenza dei principi del "controllo analogo" e della "attività più rilevante" necessari per legittimare un affidamento "in house".

Si costituiva in giudizio anche la SETA S.p.A., rilevando preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per tardiva impugnazione del protocollo d'intesa a suo tempo stipulato con il Consorzio, costituendo questo il provvedimento concretamente idoneo a sottrarre al mercato di riferimento la possibilità di accesso alla contrattazione con l'amministrazione che ha optato per la gestione diretta del servizio.

Anche la società controinteressata rilevava, poi, l'infondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 12 aprile 2006, fissata per la trattazione della domanda cautelare, la società ricorrente chiedeva di esaminare quest'ultima congiuntamente alla trattazione del merito.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

In data 18 luglio 2006 è stato pubblicato il dispositivo n. 29 della presente sentenza.

DIRITTO

Il Collegio deve esaminare preliminarmente le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dal Consorzio resistente e dalla società controinteressata.

Il primo rileva la carenza di interesse alla proposizione del presente gravame da parte della S.E.A. S.r.l., che non potrebbe avere alcuna ambizione di partecipazione ad una eventuale procedura ad evidenza pubblica da effettuarsi in seguito all'annullamento dell'affidamento "in house" come disposto, in quanto escludibile in base alla previsione dell'art. 113, comma 6, D.Lgs. 267/2000, poiché essa già gestisce un affidamento diretto del medesimo servizio in alcuni comuni piemontesi, in virtù di diverse modalità.

Sul punto, la società ricorrente ha replicato - con osservazioni che il Collegio ritiene pienamente condivisibili - richiamando la vigenza del regime transitorio previsto dall'art. 113, comma 15-quater, D.Lgs. cit., come aggiunto dall'art. 4, comma 234, legge 24 dicembre 2003, n. 350.

In effetti, il Collegio rileva che tale norma ha specificamente previsto che solo "A decorrere dal 1 gennaio 2007 si applica il divieto di cui al comma 6, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa". Tale disposizione transitoria, nel suo impianto, è stata ritenuta imprescindibile anche dalla Corte Costituzionale, la quale con la sentenza 1 febbraio 2006, n. 29, nel dichiarare l'illegittimità di una norma di una legge regionale abruzzese, ha evidenziato la ragionevolezza della disciplina transitoria nazionale di cui al richiamato art. 113, comma 15-quater, D.Lgs. cit., per consentire un complessivo riequilibrio e un progressivo adeguamento del mercato di riferimento, anche ai fini di assicurare lo sviluppo di una effettiva capacità concorrenziale (v. Cons. Stato, sez. V., 28.9.2005, n. 5196).

Chiarito ciò, quindi, il Collegio ritiene infondata l'eccezione in questione, in quanto il divieto legislativo richiamato dal Consorzio resistente non è operativo alla data di proposizione del presente ricorso e tale osservazione è sufficiente per ritenere l'interesse della S.E.A. S.r.l. all'accoglimento del gravame, in qualità di impresa del settore potenzialmente idonea a partecipare a gare ad evidenza pubblica da bandirsi per i relativi servizi in scadenza in periodo anteriore al 1 gennaio 2007, anche prescindendo, quindi, delle modalità concrete con cui la stessa gestisce i servizi presso i comuni piemontesi richiamati, comunque precisate dalla società ricorrente come non riconducibili ad affidamento diretto.

Infondata è anche l'eccezione proposta dalla SETA S.p.A. in ordine all'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione nei termini di legge della delibera consorziale n. 24 del 16 giugno 2005 con la quale l'assemblea aveva deliberato di confermare la volontà di aderire a SETA S.p.A., conferendo al Presidente il potere di dare corso a tutti gli atti previsti dall'art. 3 del protocollo di intesa sottoscritto tra le parti.

Come condivisibilmente osservato dalla società ricorrente, però, tale delibera societaria appare meramente confermativa di quanto già contenuto nel protocollo di intesa tra le parti, limitandosi a conferire al Presidente meri poteri di attuazione.

Tale protocollo risulta pure impugnato nella presente sede e la società ricorrente ha dimostrato di averne avuto conoscenza solo in seguito all'evasione di una richiesta di accesso, nel marzo 2006.

In virtù dei principi generali del processo amministrativo, quindi, è onere di chi propone l'eccezione di tardività dimostrare in giudizio la data di effettiva conoscenza del provvedimento impugnato da parte del ricorrente. In assenza di tale dimostrazione, perciò la relativa eccezione deve ritenersi infondata.

Passando all'esame del merito del ricorso, il Collegio ne rileva la fondatezza secondo quanto di seguito specificato.

Sostiene la società ricorrente, con l'unico, articolato, motivo di ricorso, sviluppato ulteriormente nella successiva memoria, che il Consorzio resistente non poteva affidare "in house" il servizio in questione, non sussistendone i presupposti di cui alla normativa nazionale applicabile, che si è conformata all'interpretazione comunitaria in argomento.

In effetti, al caso di specie, è incontestato che sia applicabile la norma di cui all'art. 113, comma 5, D.Lgs. 267/2000, nel testo attualmente in vigore in virtù delle modifiche e integrazioni di cui all'art. 14, comma 1, d.l. 30 settembre 2003, conv. in legge 24 novembre 2003, n. 326.

Tale norma prevede che l'erogazione del servizio pubblico locale di rilevanza economica - come si configura quello in esame - avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio "... c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello eserci-

tato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.

Il richiamo, contenuto nella medesima norma, al “rispetto della normativa dell'Unione europea” impone di esaminare come essa sia stata interpretata dalla relativa giurisprudenza, secondo quanto richiamato dalla medesima società ricorrente.

Ebbene, di sicuro, deve richiamarsi la disciplina di cui agli artt. 43, 49, paragrafo 1, e 86, paragrafo 1, del Trattato CE, che impongono, rispettivamente, il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento, alla libera prestazione di servizi e il divieto di emanare e mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e di quelle cui si riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle norme del Trattato.

In sostanza, quest'ultimo si è preoccupato di evitare squilibri nella concorrenza e norme di favore per particolari categorie di imprese idonee a distorcere il libero mercato - anche nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - coincidenti con l'affidamento diretto senza procedura di evidenza pubblica la quale costituisce, pur sempre, la regola generale cui ogni Stato membro deve attenersi (su tale principio generale, da ultimo, v. TAR Lazio, sez. I, 1.9.2006, n. 7375).

Ebbene, la Corte di giustizia, investita di questioni pregiudiziali in argomento, ha progressivamente specificato i criteri per i quali è considerato legittimo e conforme all'ordinamento comunitario l'affidamento diretto di servizi pubblici, anche locali.

Con una prima pronuncia (sentenza 18.11.2000, in causa C-107/98, Teckal), la Corte ha introdotto il principio - poi ripreso dal legislatore nazionale proprio con l'art. 113, comma 5, D.Lgs. 267/2000 invocato nel presente giudizio - secondo il quale i tratti qualificanti del c.d. “affidamento in house”, qualificabile nell'ordinamento interno, sia pure con qualche oscillazione interpretativa, in riferimento all'istituto della “delega interorganica”, sono enucleabili: 1) quando tra l'ente pubblico conferente e il soggetto giuridico destinatario dell'affidamento intercorre un “controllo analogo” a quello esercitato dall'ente direttamente sui propri servizi; 2) quando l'affidataria realizza la parte più importante della propria attività solo con il suddetto ente.

In tal caso, emerge l'impossibilità di attribuire alla persona giuridica affidataria la qualità di “terzo” (in tal senso, si richiama anche la sentenza 7.12.2000, in causa C-324/98, Teleaustria).

Tali conclusioni sviluppavano quanto già accennato dalla medesima Corte di Giustizia negli anni immediatamente precedenti (v. sentenza 10.11.1998, in causa C-360/96, Arnhem e sentenza 9.9.1999, in causa C-108-98, RI.SAN), secondo cui il rapporto di terzietà è da escludere in presenza di un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato da parte dell'ente controllante-affidatario, corrispondente, in sostanza, alla relazione di subordinazione gerarchica conosciuta in molti ordinamenti, tra cui quello italiano.

Tale principio generale, qualificato anche come di “influenza dominante” trovava delle difficoltà applicative nell'ipotesi di società “mista”, a capitale pubblico-privato, per cui la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi anche in relazione a tale fattispecie.

Con la sentenza 11.1.2005, in causa C-26/03, Stadt-Halle, la Corte ha sostanzialmente reinterpretato il principio del “controllo analogo”, generalmente applicabile, anche in relazione a tale peculiare situazione.

In tale occasione, la Corte ha ribadito il principio generale per cui sussiste sempre l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici - o enti ad esse equiparate - di applicare le regole comunitarie che prevedono l'attribuzione di appalti e/o servizi mediante procedura ad evidenza pubblica, costituendo qualsiasi deroga ad esse come mera eccezione, da interpretarsi il più possibile restrittivamente.

Ferma tale precisazione, la Corte, pur richiamando che in linea di principio l'autorità pubblica adempie ai propri compiti istituzionali mediante propri strumenti diretti, senza obbligo di ricorrere ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, ha precisato che non è esclusa la circostanza per la quale tale autorità possa anche fare ricorso a soggetti esterni al suo apparato amministrativo. In tale ipotesi, però, deve sussistere il doppio presupposto del “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi e dello “svolgimento della parte più rilevante dell'attività” dell'affidatario con l'autorità medesima, di cui alla sentenza “Teckal” sopra richiamata.

La peculiarità della fattispecie era data dalla circostanza che mentre in tale ultima sentenza si era valutata l'ipotesi di partecipazione interamente pubblica, nel caso della sentenza "Stadt-Halle" si esaminava un'ipotesi di società "mista".

Ebbene, la Corte ha precisato che, in tal caso, la partecipazione - anche minoritaria - dell'autorità pubblica all'impresa conferitaria esclude in ogni caso che tale autorità possa esercitare su quella impresa un "controllo analogo" a quello che essa esercita sui propri servizi, per la principale ragione che qualunque investimento privato, anche minoritario, privilegia considerazioni legate a interessi privati senza necessariamente perseguire interessi pubblici, cui invece deve sempre essere conformata la pubblica autorità.

In sostanza, il c.d. "controllo analogo" - richiamato esplicitamente, come detto, dall'art. 113, comma 5, lett. c), D.Lgs. 267/2000 applicabile al caso di specie - è collegato inscindibilmente al perseguimento degli interessi pubblici.

Sotto tale profilo, ritiene il Collegio che l'affidamento "in house" non possa che essere riconosciuto, allo stato attuale dell'interpretazione comunitaria, a società a capitale interamente pubblico, purché vengano rispettati i criteri di cui alla ricordata sentenza "Teckal".

Premesso ciò, rilevando che le parti in giudizio non negano che la SETA S.p.A. sia società a capitale interamente pubblico, deve esaminarsi se la Corte di giustizia ha offerto la sua interpretazione anche relativamente a tale fattispecie.

Ebbene, con la sentenza 13.10.2005, in causa C-458/03, Parking Brixen, la Corte si è pronunciata proprio relativamente ad un caso relativo a società a capitale interamente pubblico e detenuto dall'ente affidatario, in relazione ad una fattispecie qualificata dalla Corte stessa, però, come di "concessione di pubblico servizio".

Richiamando l'applicazione dei principi fondamentali del Trattato CE, di cui agli artt. 43 e 49, sempre prevalenti pur in esclusione dell'applicazione della direttiva 92/50/CE relativa ad appalti di pubblici servizi, la Corte ha ribadito che anche nell'ipotesi di concessione di pubblici servizi ad ente non indipendente dall'autorità affidataria devono applicarsi i principi relativi al richiamato "controllo analogo" e alla "prevalenza dell'attività", confermando, con tale precisazione, che questi due presupposti sono ormai cardini fondamentali ai fini della valutabilità della aderenza all'ordinamento comunitario - ed a quello nazionale ad esso conformato - di tutte le ipotesi di affidamento diretto, anche se a società a capitale interamente pubblico.

In particolare, la Corte ha precisato che le due condizioni ("controllo analogo" e "prevalenza") devono essere "... oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene. Occorre esaminare, innanzitutto, se l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Tale valutazione deve tenere conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti ...".

La Corte di giustizia è di recente tornata sui medesimi principi proprio in relazione ad un caso assimilabile a quello in esame, in riferimento all'interpretazione dell'art. 113, comma 5, D.Lgs. 267/2000 nel testo attualmente in vigore in seguito alla novella di cui al d.l. 267/03, conv. in legge 326/03 cit. ed alla circostanza per cui la pubblica gara era stata prima bandita e poi revocata, con affidamento diretto del servizio pubblico locale di trasporto a società a capitale interamente pubblico (sentenza 6.4.2006, in causa C-410/04, AMTAB).

Ebbene la Corte, ribadendo nuovamente l'applicabilità generale dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, di cui agli artt. 43, 49 e 86 del trattato CE, ha specificato che tali principi non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, "... a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene".

In sostanza, i requisiti del "controllo analogo" e della "rilevante attività" devono sempre essere accertati se si vuole affidare direttamente a società, miste o a capitale interamente pubblico, un appalto o una concessione

di pubblico servizio, anche locale se a rilevanza economica (a conferma, si richiama anche la sentenza della Corte di Giustizia, 11.5.2006, in causa C-340/04, Carbotermo).

Che tali conclusioni siano eccessivamente penalizzanti per lo sviluppo dell'istituto dell'affidamento "in house", come paventato da alcuni commenti dottrinari, è circostanza che non può rilevare nella presente sede, ove si deve tenere conto dello stato attuale della legislazione nazionale e comunitaria e dei principi ad essa correlati.

Precisando, quindi, che deve verificarsi, nel caso di specie, la eventuale sussistenza dei due requisiti sopra richiamati, per giustificare l'affidamento diretto come disposto in favore della SETA S.p.A., alla luce dell'art. 113, comma 5, lett. c), D.Lgs. 265/2000 che esplicitamente li richiama, in relazione agli artt. 43, 49, paragrafo 1, e 86, paragrafo 1, del Trattato CE, il Collegio precisa quanto segue.

1. In ordine al requisito del "controllo analogo".

In ordine a tale esame è necessario partire da quanto previsto dal protocollo d'intesa stipulato tra le parti in data 18 luglio 2005 e dalla successiva convenzione del 25 ottobre 2005 per verificare se sussiste il richiamato "controllo analogo", qualificato, in sintesi, dalla medesima Corte di Giustizia come una influenza o una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni più importanti della società giuridica affidataria, tenendo conto che la circostanza della presenza di un capitale interamente pubblico non è di per sé dirimente a tali fini (sentenza "Carbotermo" cit.).

Non si può fare a meno, dunque, di esaminare in concreto i rapporti sociali ed i collegamenti tra ente affidante e persona giuridica affidataria, come concordano anche la società ricorrente e il Consorzio resistente.

In primo luogo, prendendo in esame lo statuto della SETA S.p.A., si rileva, all'art. 3 - Oggetto - che "La società ... ha quale oggetto l'attività di gestione dei servizi preordinati alla tutela, conservazione, valorizzazione della qualità ambientale, senza vincoli di territorialità, eccetto la città di Torino. La società può ricevere l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto degli RSU e RSA nonché i servizi di igiene urbana da Consorzi di Bacino, relativamente all'ambito territoriale di competenza, ovvero da singoli Comuni, relativamente ai servizi di igiene urbana, nel rispetto dell'art. 113, comma 5 del D.Lgs. 267/2000; la gestione del servizio di raccolta e trasporto degli RSU e RSA e/o del servizio di igiene urbana oggetto dell'affidamento è svolta secondo quanto previsto in apposita convenzione e/o contratto di servizio, anche al fine di assicurare che i soci affidanti esercitino il controllo ai sensi dell'art. 113, comma 5 lett. C del D.Lgs. 267/2000 e della L.R. Piemonte 24/2002. Essa potrà tra l'altro svolgere, a titolo puramente esplicativo e non esaustivo: la gestione dei servizi di igiene ambientale, compresa la manutenzione del verde, nel rispetto della normativa nazionale, regionale e provinciale vigente; la raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, assimilati, speciali pericolosi e non; le operazioni di nettezza urbana (quale pulizia viaria, spezzamento e lavaggio strade e altri spazi pubblici comprese le aree complementari); le operazioni di qualsiasi tipo destinate a consentire il riuso dei prodotti e il riciclo dei materiali provenienti dalla raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani e/o assimilati; lo sgombero neve; le operazioni e i servizi di valorizzazione ambientale in genere, comprese le attività di bonifica di aree compromesse, terreni e falde nonché la rimozione di discariche abusive; le attività di trasporto cose in conto terzi, nell'ambito dei propri servizi; l'attività di riscossione della tariffa di igiene ambientale ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. 22/1997 a seguito della relativa approvazione da parte dei comuni interessati. Essa potrà operare inoltre in settori integrativi, complementari e affini ... 2. La società può inoltre eseguire qualsiasi attività di carattere immobiliare, mobiliare, commerciale, industriale, finanziario, comunque connessa o complementare a quelle sopra indicate o reputata necessaria o utile per il conseguimento, anche indiretto, degli scopi sociali, con eccezione della raccolta del risparmio tra il pubblico e dell'esercizio delle attività riservate agli intermediari finanziari. 3. La società può effettuare le attività rientranti nel proprio oggetto sociale tanto direttamente quanto indirettamente, anche per conto di soggetti terzi, pubblici e privati, in regime di concessione, di appalto, nonché di affidamento ai sensi della vigente normativa in materia di servizi pubblici locali e di gestione dei relativi impianti, reti, infrastrutture e dotazioni patrimoniali, ed in qualunque altra forma o qualunque altro titolo nel rispetto delle leggi vigenti. A tali fini la società può partecipare, anche in forma associata, a qualsivoglia genere di gara o di procedura di selezione ad evidenza pubblica. 4. La società può assumere partecipazioni ed interessenze in altre società o imprese, tanto italiane quanto estere, aventi oggetto analogo, affine o complementare al proprio oggetto sociale; può altresì prestare garanzie reali e/o personali per obbligazioni sia proprie che di terzi, anche a favore di enti o società controllati o collegati".

Come si può rilevare, l'oggetto sociale è particolarmente ampio e non limitato esclusivamente a servizio analogo a quello affidato dal Consorzio, secondo quanto sarà in prosieguo ulteriormente approfondito.

Inoltre, l'art. 9 dello Statuto prevede che il consiglio di amministrazione sia composto da un minimo di cinque ed un massimo di nove membri, nominati dall'assemblea ordinaria. Le relative deliberazioni sono assunte con il voto favorevole di almeno due terzi dei consiglieri in specifiche materie, tra cui l'approvazione del bilancio. Il collegio sindacale, poi, secondo l'art. 15, è formato da tre sindaci effettivi e da due supplenti.

Premesso ciò, il Collegio esamina il protocollo d'intesa sottoscritto il 18 luglio 2005, che pone le regole per il servizio da affidare alla SETA S.p.A., ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), D.Lgs. 267/2000.

Ebbene, al punto 2 (Obiettivi), è testualmente affermato che le parti desiderano integrarsi ai fini del rispetto delle condizioni di cui all'art. 113, comma 5, lett. c), D.Lgs. 267/2000 cit., mediante un assetto che prevede: la titolarità da parte del Consorzio di una partecipazione pari a circa il 10% del capitale sociale di SETA, per un valore nominale di circa 800.000,00 euro; il diritto di designare due membri del consiglio di amministrazione; la possibilità di essere coinvolto nell'assunzione di deliberazioni relative al servizio in tema: a) di acquisto ed alienazione di aziende o rami d'azienda strumentale allo svolgimento del servizio nel bacino 17°; b) di apertura e chiusura di sedi secondarie nel territorio compreso nell'attuale bacino 17°; c) di modalità di erogazione del servizio sul territorio servito; d) di definizione del piano di investimenti di SETA attinenti ai servizi oggetto dell'affidamento.

È indicato come mero obiettivo del Consorzio quello di ottenere la nomina di un componente il collegio sindacale al momento del rinnovo dell'organo in questione.

E' inoltre specificato che l'esercizio di un controllo sui servizi affidati a SETA, analogo a quello esercitato dai comuni suoi membri sui rispettivi servizi, sarà perseguito mediante la definizione del contenuto di una convenzione tipo e di contratti di servizio.

Nel definire le modalità con cui attuare il protocollo d'intesa, le parti stabilivano che in una prima fase il Consorzio avrebbe acquistato azioni per un valore nominale di euro 200.000,00 e che la gestione diretta del servizio sarebbe avvenuta soltanto mediante: a) la partecipazione al capitale sociale a controllo completamente pubblico dello stesso; b) la sussistenza dell'esercizio di un controllo analogo; c) la realizzazione della parte più importante del servizio con il Consorzio, con ciò ribadendo la necessità di rispettare, in teoria, i criteri generali indicati dalla legge e frutto dell'elaborazione della giurisprudenza comunitaria.

Su tale regolamentazione futura il Collegio concorda con quanto osservato dalla società ricorrente in ordine alla partecipazione sociale da parte del consorzio.

Il 10 per cento della stessa, di per sé, non appare idoneo a poter qualificare il necessario stringente controllo sulla società partecipata, tenuto conto della varietà della sua attività come descritta nel suo riportato articolo dello statuto.

In più, dalla visura camerale relativa alla SETA depositata in giudizio dalla società ricorrente, risulta che, al momento dell'affidamento, il Consorzio poteva vantare solo una partecipazione effettiva del 2,5%, pari al valore nominale di 200.000 azioni, e che gli amministratori in carica sono pari al numero massimo previsto dallo statuto corrispondente a nove.

Ne consegue, in primo luogo, che la partecipazione al capitale sociale al 2,5% appare davvero esigua in relazione alla pretesa di esercitare il necessario "controllo analogo" nelle forme sopra specificate, perché bisogna tenere conto dell'effettiva partecipazione al momento dell'affidamento e non di future possibilità di ampliamento e che, ad ogni modo, anche un'eventuale partecipazione al 10% non potrebbe concretare forme di controllo stringente come richiesto dalla legge, in relazione alla vastità dell'oggetto sociale.

Inoltre, in merito, appare condivisibile anche la seconda osservazione della società ricorrente in relazione all'esiguo numero di amministratori, pari a due su nove, lasciato alla scelta del Consorzio, inidoneo certamente ad influenzare le scelte del consiglio di amministrazione medesimo; ciò vale anche per la nomina di un solo un componente su tre del collegio sindacale, nomina ancora da effettuare alla scadenza dell'attuale mandato del collegio in questione.

Non appare corretta, quindi, sul punto l'affermazione del Consorzio resistente contenuta a p. 23 della memoria di costituzione e risposta, secondo cui esso può contare su due componenti del consiglio di amministrazione "su un totale di cinque membri", laddove è stato dimostrato "per tabulas" che il consiglio di amministrazione di SETA è composto da nove membri. Inoltre, lo statuto della società affidataria prevede che al consiglio di amministrazione compete la gestione ordinaria e straordinaria della società, con i poteri più ampi per compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, escluse solo le facoltà riservate all'assemblea dei soci.

Tenuto conto, quindi, dell'ampio potere riconosciuto a detto consiglio di amministrazione e dell'ampiezza dell'oggetto sociale, come sopra riportato, non appare proprio al Collegio che nel caso di specie possa configurarsi un controllo stringente da parte del Consorzio affidante i servizi in questione.

Tale circostanza appare ancora più importante laddove si debba pervenire all'approvazione del bilancio, per statuto approvato con i 2/3 degli amministratori, ove i due segnalati dal Consorzio sarebbero in netta minoranza e non potrebbero influenzare in alcun modo le scelte gestionali relative.

Sostiene poi il Consorzio resistente che gli effettivi rapporti di controllo sulla società affidataria devono desumersi dalla successiva convenzione sottoscritta tra le parti in data 28 ottobre 2005.

In tale atto, però, il Collegio non riscontra particolari elementi idonei a dimostrare la sussistenza del controllo analogo stringente richiesto.

In essa vi è soltanto un generico potere, riconosciuto al Consorzio, di indirizzo e controllo dei servizi svolti dalla società in questione ma non dei poteri di vigilanza e controllo sulle modalità di gestione dell'intera società.

Oltre tutto tale previsione appare generica e non sostenuta da specifici elementi concreti su cui il Collegio possa verificare in che modo il perseguimento dell'oggetto sociale possa essere influenzato in maniera stringente dal Consorzio resistente mediante tali controlli.

Né le ulteriori argomentazioni addotte dal Consorzio a confutazione delle tesi della società ricorrente - riprese anche dalla società controinteressata - appaiono convincenti sul punto.

Sostiene questo che la suddetta convenzione attribuirebbe al Consorzio un potere di ingerenza diretta nell'attività della SETA relativa al servizio in questione, considerando anche che la partecipazione al 10% del capitale sociale sarebbe proporzionale al numero di abitanti, in rapporto a quello totale del bacino di utenza della SETA, facenti capo al consorzio medesimo, rappresentando così un "peso" effettivo idoneo a giustificare la partecipazione azionaria suddetta.

Sul punto, però, il Collegio osserva che il controllo analogo inteso nel senso sopra specificato non può essere frantumato in tanti parametri proporzionati alla percentuale di partecipazione ma deve essere verificato in ordine all'intero capitale sociale ed agli obiettivi generali della società partecipata, non potendosi ritenere - proprio in caso di partecipazione sociale suddivisa tra vari soci con partecipazioni percentuali non prevalenti - che possano sussistere tanti "controlli analoghi" quanti sono i soci in relazione alla partecipazione al capitale sociale limitata alla propria "quota" di interesse, nel caso di specie rapportata al bacino d'utenza di riferimento dei comuni consorziati.

Il "controllo analogo" cui fa riferimento la giurisprudenza comunitaria o sussiste su tutta l'attività sociale o non sussiste, non potendosi ritenere che esso si presenti in una multiforme applicazione in relazione alla partecipazione percentuale dei singoli soci.

Inoltre, il medesimo Consorzio resistente insiste nel rilevare che nella convenzione sopra ricordata si rinverrebbe una ingerenza stringente da parte del Consorzio medesimo nell'operato di SETA S.p.A..

Tale conclusione, però, non risulta specificata in relazione a fattispecie concrete, tenuto conto di quanto evidenziato sopra in relazione all'ampiezza dell'oggetto sociale, al consistente numero di consiglieri di amministrazione e alle loro prerogative. Inoltre, nel protocollo d'intesa del luglio 2005 è unicamente previsto che il Consorzio, in riferimento al bacino n. 17, ha la possibilità di "concordare" con SETA particolari contratti di servizio o modifiche statutarie o specifici patti parasociali ma questa, come letteralmente si evince, è una mera facoltà e non una possibilità di imposizione né è specificato cosa deciderebbe l'organo amministrativo di SETA

nell'ipotesi in cui i consiglieri di amministrazione, diversi da quelli segnalati dal Consorzio, non concordassero con le scelte suggerite dai rappresentanti di quest'ultimo.

In assenza di norme specifiche appare chiaro che la maggioranza del consiglio di amministrazione potrebbe ben decidere in senso diverso da quello propugnato dal Consorzio.

Né appare condivisibile l'altra argomentazione sostenuta dal Consorzio resistente, secondo la quale sarebbero i vari comuni che lo compongono ad esercitare direttamente il "controllo analogo" per il tramite del Consorzio medesimo.

In merito, il Collegio concorda con il richiamo operato dalla difesa della società ricorrente alle sentenze della Corte di giustizia, secondo cui la gestione di propri servizi per mezzo di società "holding" - cui è assimilabile la fattispecie in esame relativa al rapporto tra Consorzio e "suoi" comuni - può indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice sulla società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale.

Tant'è che ancora una volta non viene chiarito cosa accadrebbe nell'ipotesi in cui la amministrazione di SETA decidesse di non conformarsi alle prescrizioni che i singoli comuni riterrebbero di impartire per il tramite del Consorzio partecipato.

Quanto osservato, è sufficiente per rinvenire l'assenza del necessario requisito del "controllo analogo", circostanza che, di per sé, impedirebbe di considerare legittimamente affidato il servizio in questione.

Ad ogni modo, il Collegio evidenzia anche l'assenza del requisito dell'"attività prevalente".

2. In ordine al requisito dell'"attività prevalente".

Come già sopra più volte evidenziato, l'oggetto sociale della SETA è molto ampio, prevedendo non solo la gestione di servizi analoghi a quello affidato ma anche, tra altre, a titolo esemplificativo, qualsiasi attività "di carattere immobiliare, mobiliare, commerciale, industriale, finanziario connessa o complementare a quelle indicate o reputata necessaria e utile per il conseguimento anche indiretto degli scopi sociali". Appare evidente, quindi, che l'attività della SETA non può essere considerata in alcun modo svolta a favore preponderante di un particolare socio, soprattutto, come nel caso di specie, quando la partecipazione sociale dello stesso è esigua e i suoi rappresentanti sono in minoranza nel consiglio di amministrazione.

In più, la società ricorrente ha depositato in giudizio documentazione da cui si evince che il fatturato relativo ai servizi resi al di fuori dell'ambito territoriale facente capo al Consorzio, per servizi analoghi a quelli affidati, nel 2004 arrivava a quasi 30 milioni di euro, a fronte di un fatturato annuo che la società affidataria ricaverà per i servizi resi al consorzio affidante, pari a euro 1.632.875.

Inoltre, si osserva anche che, per statuto, la società in questione può partecipare a numerose gare d'appalto anche in comuni diversi dalla regione Piemonte, con ciò confermando che essa si pone traguardi di sviluppo imprenditoriale assai più ampi di quelli contenuti nell'ambito del bacino di utenza del Consorzio affidante il servizio per cui è causa.

Alla luce di quanto illustrato, quindi, il ricorso deve essere accolto in relazione alla domanda di annullamento delle deliberazioni del Consiglio di Amministrazione di SETA n. 22 e n. 23 del 15 febbraio 2006 nonché dell'Assemblea Consorziale n. 3 del 1 febbraio 2006.

In subordine, la società ricorrente ha chiesto anche l'annullamento del protocollo d'intesa in data 16 giugno 2005.

In merito, però, il Collegio osserva che tale atto non può qualificarsi come provvedimento amministrativo ma come accordo tra le parti liberamente assunto che, in quanto tale, non influisce sul concreto affidamento contestato, frutto invece dei provvedimenti sopra ricordati.

L'accoglimento del ricorso, quindi, deve limitarsi ai provvedimenti sopra descritti, che sono quelli idonei cui ricondurre l'affidamento diretto illegittimamente disposto.

La complessità delle questioni trattate comporta giusti motivi per compensare integralmente tra le parti costituite le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte - 2^a Sezione - accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati come in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Torino, alla camera di consiglio del 13 luglio 2006, con l'intervento dei signori magistrati:

Giuseppe Calvo	Presidente
Ivo Correale	Referendario, estensore
Antonio Plaisant	Referendario
Il Presidente	L'Estensore
Il Direttore Segreteria II Sezione	

Consiglio di Stato Sez. V - Sentenza n. 5 dell'8 gennaio 2007

Pres. Frascione, Est. Carboni - S.I.E.M. - Società Intercomunale Ecologica Mantovana (Avv.ti Colombo e Sperati) c. Aprica (Avv.ti Salvadori e Pafundi) e Comune di Goito (n.c.) - (conferma T.A.R. Lombardia - Brescia, sentenza 7 novembre 2005, n. 1123) (ribadisce che è illegittimo l'affidamento diretto, senza gara, di un servizio pubblico ad una società per azioni nel caso in cui l'Ente pubblico non eserciti sulla s.p.a. stessa un "controllo analogo").

1. Comune e Provincia - Servizi pubblici - Affidamento diretto - Ad una società per azioni derivante dalla trasformazione di un consorzio - Impugnativa delle delibera di affidamento diretto - Preventiva impugnativa delle delibera di trasformazione del consorzio in s.p.a. - Non occorre - Ragioni.

2. Comune e Provincia - Servizi pubblici - Affidamento diretto - Ad una società per azioni - Nel caso un cui su detta società il Comune non eserciti un "controllo analogo" ex art. 113, comma 5, alinea "c" del T.U. EE.LL. - Illegittimità - Fattispecie.

1. È ammissibile un ricorso proposto contro una delibera con la quale un Comune ha affidato un servizio pubblico (nella specie si trattava del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani) senza gara ad una società per azioni derivante dalla trasformazione di un consorzio intercomunale, ove non sia stata preventivamente impugnata la delibera di trasformazione di detto consorzio in s.p.a, non sussistendo alcun nesso tra la costituzione di una società a totale capitale pubblico e il successivo affidamento diretto di un servizio pubblico a quest'ultima; né l'eventuale illegittimità dell'affidamento senza gara di un appalto alla nuova società implica l'illegittimità della costituzione della società medesima.

2. È illegittima la delibera con la quale un Comune affida un servizio pubblico ad una società appositamente costituita nel caso in cui risulti, attraverso l'esame delle disposizioni statutarie della società stessa, che si tratti di società sulla quale il Comune non esercita un "controllo analogo", così come invece richiesto dall'articolo 113, comma 5, alinea "c" del T.U. delle disposizioni sull'ordinamento degli enti locali emanato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267.¹¹⁰

¹¹⁰ Dispone l'articolo 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali emanato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 (intitolato "Gestione delle reti ed erogazione dei servizi locali di rilevanza economica" al comma 5) che l'erogazione del servizio può avvenire «con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Come osservato dalla Sez. V con la sentenza in rassegna, la disciplina in questione è attuativa di quella europea, e segnatamente della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

In particolare, l'articolo 113, comma 5, della direttiva consente l'affidamento senza gara nella situazione descritta nell'alinea "c", sostanzialmente equivalente a una gestione per mezzo di ente strumentale; e tale situazione si verifica quando sussistono le due distinte condizioni, quella del "controllo analogo" a quello che l'ente esercita (o gli enti esercitano) sui propri servizi e che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Nel caso in esame mancava un "controllo analogo", cioè la seconda delle condizioni previste dalla disposizione, alla stregua dei principi stabiliti, sul punto, dalla Corte di giustizia CE.

Lo statuto, infatti, era quello di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non era previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi: il presidente del Consiglio d'amministrazione e il direttore erano eletti dal Consiglio d'amministrazione, il quale a sua volta era nominato dall'assemblea senza vincoli di provenienza o di proposta, e la stessa assemblea era composta "dai soci" senza ulteriori specificazioni; del collegio sindacale era previsto solo che si componeva di tre sindaci elettivi e due supplenti, che duravano in carica tre anni e sono rieleggibili.

D'altra parte, sempre secondo lo statuto, gli enti pubblici soci, a parte un articolo che prevedeva la possibilità di alienare le azioni, non erano neppure menzionati, e anzi l'articolo 21 dello statuto stabiliva che «Il Consiglio di Amministrazione è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali, fatta eccezione soltanto per gli atti che a norma di legge e del presente statuto sono di competenza dell'Assemblea».

È stato pertanto ritenuto che la s.p.a. in questione non era una società sulla quale il comune esercitava il "controllo analogo", previsto dalla citata disposizione di legge come condizione per poterle affidare, senza gara, il servizio pubblico.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello proposto dalla società per azioni S.I.E.M. - SOCIETÀ INTERCOMUNALE ECOLOGICA MANTOVANA con sede in Mantova, in persona del signor Paolo Caleffi, presidente del Consiglio d'amministrazione, difesa dagli avvocati Paolo Colombo e Alessandro Sperati e domiciliata presso il secondo in Roma, piazza Giuseppe Mazzini 27;

contro

la società per azioni APRICA, con sede in Brescia, costituitasi in giudizio in persona del dottor Fulvio Roncari, amministratore delegato, difesa dagli avvocati Vito Salvadori e Gabriele Pafundi e domiciliata presso il secondo in Roma, viale Giulio Cesare 14, scala A interno 4;

e nei confronti

del comune di GOITO, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza 7 novembre 2005 n. 1123, con la quale il tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, ha annullato la deliberazione 6 dicembre 2004 n. 48 del Consiglio comunale, con la quale il comune di Goito ha affidato alla società SIEM il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

Visto il ricorso in appello, depositato il 2 dicembre 2005;

visti il controricorso della società Aprica, depositato il 21 dicembre 2005, e la successiva memoria difensiva depositata il 28 giugno 2006;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza dell'11 luglio 2006, il consigliere Raffaele Carboni, e uditi altresì gli avvocati Colombo e Pafundi; ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Intercomunale Mantovano per l'Ecologia, - C.I.M.E., costituito da sessantanove comuni della provincia di Mantova e dalla Provincia medesima, con deliberazione assembleare del 23 dicembre 1995, rogata dal notaio Mario Nicolini di Mantova con atto n. 49354/20620, si era trasformato nella società S.I.E.M. - Società Intercomunale Ecologica Mantovana (d'ora in poi: Siem), avente per oggetto, secondo lo statuto, tutto il ciclo della nettezza urbana, dalla raccolta dei rifiuti solidi alla gestione delle discariche, per conto dei comuni, di loro consorzi, enti in genere e loro consorzi e imprese private. Era previsto che avrebbero potuto entrare a far parte della società privati ed enti pubblici, riservando in ogni caso agli enti pubblici territoriali il cinquantun per cento delle azioni. Il comune di Goito, partecipante al Consorzio, aveva aderito alla trasformazione in società per azioni con deliberazione del Consiglio comunale 28 novembre 1994 n. 105. Con contratto di servizio 20 settembre 2004 rogato dal segretario comunale ha poi affidato a Siem l'intero servizio di nettezza urbana ("gestione dei rifiuti solidi urbani"), e il contratto è stato approvato dal Consiglio comunale con deliberazione 6 dicembre 2004 n. 48.

La società Aprica, impresa operante nel settore, con ricorso al tribunale amministrativo regionale per la Lombardia notificato il 2 e 3 marzo 2005 ha impugnato la predetta deliberazione, deducendo i motivi seguenti.

1) Violazione dell'articolo 113, comma 5, alinea "c" del testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli enti locali emanato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, perché la Siem non era una società sulla

quale il comune di Goito esercita il “controllo analogo”, previsto dalla disposizione di legge come condizione per poterle affidare, senza gara, il servizio pubblico.

2) Difetto di motivazione e d'istruttoria.

3) Violazione dei principi di libera concorrenza e di parità di trattamento sanciti dal trattato istitutivo della Comunità Europea.

Il comune e Siem si sono costituiti in giudizio eccependo l'inammissibilità del ricorso, sul rilievo che l'affidamento del servizio conseguiva alla decisione di trasformare il Consorzio nella società Siem, assunta dal comune con la deliberazione n. 105 del 1994, non impugnata.

Il tribunale amministrativo regionale con la sentenza indicata in epigrafe ha respinto, giudicandola infondata, l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, e ha accolto il ricorso stesso giudicando insussistente il “controllo analogo” richiesto dal citato articolo 113, perché l'ente pubblico non esercita nessun potere sugli organi societari e il Consiglio d'amministrazione ha poteri limitati soltanto da quelli dell'assemblea dei soci, perché la partecipazione azionaria del comune di Goito è esigua e perché l'oggetto sociale è ampio e può essere esercitato in ambito nazionale e internazionale, estraneo a quello del comune che ha affidato il servizio.

Appella Siem riproponendo l'eccezione preliminare d'inammissibilità del ricorso e censurando la motivazione della sentenza.

DIRITTO

L'eccezione d'inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione della deliberazione n. 105 del 1994 del Consiglio comunale di Goito, respinta e riproposta come motivo d'appello, è infondata per le ragioni già enunciate dal giudice di primo grado: con quella deliberazione il comune di Goito aveva aderito alla trasformazione del consorzio intercomunale C.I.M.E. in società per azioni; ma non c'è nessun nesso tra la costituzione di una società a totale capitale pubblico e il successivo affidamento diretto di un servizio pubblico a quest'ultima, né l'eventuale illegittimità dell'affidamento senza gara di un appalto alla nuova società implica l'illegittimità della costituzione della società medesima; sicché non c'era ragione che Aprica, nel 1994, dovesse impugnare gli atti di costituzione della nuova società per azioni.

Nel merito, l'articolo 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali emanato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, intitolato “Gestione delle reti ed erogazione dei servizi locali di rilevanza economica” al comma 5 prevede che l'erogazione del servizio possa avvenire «con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano». La disciplina è attuativa di quella europea, e segnatamente della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Per aver presente il quadro generale della disciplina della materia, è opportuno chiarire che gli enti titolari del servizio possono, senza necessità di gare o altre procedure di evidenza pubblica, affidare il servizio a propri enti strumentali sforniti di personalità giuridica, perché in tal caso si tratta di semplice organizzazione interna e il servizio viene fornito pur sempre dall'ente; come pure a enti con personalità giuridica, quando si tratti di cessione del servizio, ossia quando l'affidatario venga compensato con i corrispettivi del servizio e assuma su di sé i costi e il rischio della gestione, perché si è ritenuto che tale forma di gestione dei servizi non risponde alle aspettative delle imprese sul mercato. Nel caso di appalto, quale è certamente quello in esame, l'articolo 113, comma 5, consente l'affidamento senza gara nella situazione descritta nell'alinea “c”, sostanzialmente equivalente a una gestione per mezzo di ente strumentale; e tale situazione si verifica quando sussistono le due distinte condizioni, quella del “controllo analogo” a quello che l'ente esercita (o gli enti esercitano) sui propri servizi e che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Nel caso in esame la ricorrente Aprica ha dedotto soltanto la mancanza di 'controllo analogo', cioè della seconda delle tre condizioni previste dalla disposizione; la questione dell'estensione dell'attività di Siem (terza condizione), sulla quale pure la sentenza di primo grado si è pronunciata, è estranea al giudizio.

La ricorrente ha dedotto, più precisamente, la mancanza, da parte del comune o dell'insieme degli enti territoriali soci, di poteri di direzione e supervisione di intensità tale da eliminare il potere decisionale della Siem in modo tale che essa sia solo formalmente distinta dall'Amministrazione.

In particolare, esula dal giudizio un sindacato sull'entità della partecipazione del comune di Goito (sulla quale pure la sentenza si è invece espressa), perché anzi la ricorrente implicitamente ammette, nel primo motivo del ricorso di primo grado, che in un caso del genere, di società tra comuni e la provincia, debba venire in considerazione il controllo esercitato collettivamente dagli enti azionisti. E neppure viene in discussione il fatto che la quota minoritaria della società possa essere, secondo lo statuto sociale, ceduta a privati (situazione che, quando si verificasse, farebbe venir meno la prima delle tre condizioni poste dell'alinea "c" del comma 5). Tutte questioni che, se si ponessero, obbligherebbero questo Collegio a rimetterne la soluzione alla Corte di giustizia CE, a norma dell'articolo 234, terzo comma, del trattato CE.

Sull'unica questione dedotta in giudizio, che è la mancanza di controllo analogo, la sentenza merita conferma, alla stregua dei principi stabiliti, sul punto, dalla Corte di giustizia CE. Lo statuto, in atti, è quello di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non è previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi: il presidente del Consiglio d'amministrazione e il direttore sono eletti dal Consiglio d'amministrazione, il quale a sua volta è nominato dall'assemblea senza vincoli di provenienza o di proposta, e la stessa assemblea è composta "dai soci" senza ulteriori specificazioni; del collegio sindacale è previsto solo che si compone di tre sindaci elettivi e due supplenti, che durano in carica tre anni e sono rieleggibili. Gli enti pubblici soci, a parte l'articolo 5 sulla possibilità di alienare le azioni, non sono neppure menzionati, e anzi l'articolo 21 stabilisce che «Il Consiglio di Amministrazione è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali, fatta eccezione soltanto per gli atti che a norma di legge e del presente statuto sono di competenza dell'Assemblea».

L'appello pertanto è infondato e, con le precisazioni suddette, va accolto. Il Collegio stima equo compensare integralmente le spese di giudizio, stante la relativa novità della materia.

Per questi motivi

respinge l'appello indicato in epigrafe e compensa le spese di giudizio.

Così deciso in Roma l'11 luglio 2006 dal collegio costituito dai signori:

Emidio Frascione presidente

Raffaele Carboni componente, estensore

Chiarenza Millemaggi Cogliani componente

Nicola Russo componente

Michele Corradino componente

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Raffaele Carboni

F.to Emidio Frascione

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza n. 2932 del 1° giugno 2007

Pres. Varrone, Est. Giovagnoli - Comune di Monte Argentario (Avv.ti Guarino, Stancanelli e Gulina) c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Avv.ra Stato), Genio Civile Opere Marittime di Roma ed altro (n.c.) e S.p.A. Porto Turistico Domiziano (Avv.ti Baschieri Salvadori, Morbidelli ed Righi) - (conferma T.A.R. Toscana, Sez. I, 9 aprile 2002, n. 710).

1. Demanio e patrimonio - Demanio marittimo - Concessione - Rilascio - Preferenza accordata all'istanza presentata da una società privata piuttosto che a quelle presentata dal Comune - Motivata facendo riferimento all'intento del Comune di procedere a sub-concessione ad una società per azioni in cui lo stesso Ente pubblico dovrà sottoscrivere il 51% del capitale sociale - Legittimità.

2. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Affidamento - Società miste appositamente costituite - Sono soggetti distinti rispetto al Comune.

3. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Affidamento - Società miste appositamente costituite - Immedesimazione tra ente locale e società mista - Necessità che l'ente locale eserciti un "controllo analogo" sulla società mista e che l'attività della società mista sia svolta in prevalenza a favore dell'ente pubblico.

4. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Affidamento - Società miste appositamente costituite - Nozione di "controllo analogo" sulla società mista - Casi in cui si realizza - Condizioni - Individuazione.

5. Demanio e patrimonio - Demanio marittimo - Piano regolatore dei porti - Coordinamento con gli altri strumenti di pianificazione urbanistica ed in particolare con il P.R.G. - Preventiva intesa tra Autorità portuale e Comune - Necessità - Sussiste.

6. Comune e Provincia - Piano regolatore generale - Variante - Adozione - Senza previa intesa con l'Autorità portuale - Inapplicabilità delle sue previsioni all'area interessata dal Piano regolatore dei porti.

1. È legittimo il provvedimento con il quale una Capitaneria di Porto, nell'effettuare la valutazione comparativa tra l'istanza di concessione demaniale presentata da un Comune e quella presentata da una società privata, ha preferito quest'ultima ritenendo che la società offrisse maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione, atteso che il Comune si proponeva di ottenere la concessione demaniale con il dichiarato intento di procedere a sub-concessione ad una società per azioni in cui lo stesso Ente pubblico dovrà sottoscrivere il 51% del capitale sociale, dimostrando in tal modo di non avere sufficiente capacità economica sia per la realizzazione del progetto presentato che per la gestione.

2. Ai sensi dell'art. 22 legge n. 142/1990, ed oggi dell'art. 113 T.U.E.L., la società mista deputata a gestire i servizi pubblici locali è un soggetto formalmente e sostanzialmente distinto rispetto all'ente locale; il rapporto tra i due soggetti è di terzietà, non di immedesimazione.

3. Alla stregua delle giurisprudenza comunitaria, un rapporto di immedesimazione tra l'ente locale e la società chiamata a gestire un servizio pubblico può riscontrarsi solo laddove concorrano i seguenti due elementi: a) l'amministrazione deve esercitare sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; b) il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza. In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente (c.d. in house) non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa.

4. Deve escludersi che possa sussistere il "controllo analogo" da parte dell'Ente pubblico sulla società mista in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato;¹¹¹ inoltre, la partecipazione pubblica totalitaria è elemento necessario, ma non sufficiente, per integrare il requisito del controllo analogo, occorrendo a tal fine che: a) il consiglio di amministrazione della s.p.a. in house non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; b) l'impresa non deve aver

¹¹¹ Cfr. Corte di giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*.

«acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo» dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta il territorio nazionale e all'estero;¹¹² c) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante.¹¹³

5. Il Piano regolatore dei porti, ai sensi dell'art. 5, comma 3, legge n. 84/1994, come modificata dalla legge n. 647/1996, va adottato dal Comitato Portuale previa intesa con il Comune o i Comuni interessati. La regola per definire i rapporti tra piano regolatore generale e piano portuale è, pertanto, quella della intesa; ciò significa che l'adozione e le modifiche sia dei piani comunali sia dei piani speciali - come quello portuale - non sono possibili senza una previa intesa con le altre autorità coinvolte, costituendo l'intesa lo strumento previsto dall'ordinamento in uno spirito di collaborazione tra enti pubblici, mirante a dirimere i contrasti ed a trovare accordi.

6. Nel caso in cui un Comune abbia adottato una variante al P.R.G., compiendo determinate scelte urbanistiche precise su una zona regolata dal Piano Regolatore dei porti, senza alcuna previa intesa con l'autorità preposta, la variante stessa non può essere applicata nell'area demaniale, né interferire con la gestione della stessa; ciò implica che la Capitaneria di Porto non è tenuta, nel rilasciare una concessione demaniale, alla osservanza della variante.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5644/2002, proposto dal Comune di Monte Argentario, nella persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Porf. Andrea Guarino, Prof. Giuseppe Stancanelli ed Umberto Gulina, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo, in Roma, Piazza Borghese, n. 3;

contro

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro in carica, e la Capitaneria di Porto di Livorno, in persona del Comandante in carica, rappresentati e difesi ex lege dall'Avvocatura Generale dello Stato presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12, sono per legge domiciliati;

e

il Genio Civile Opere Marittime di Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito;

e

la Regione Toscana, in persona del Presidente della Giunta Regionale, non costituitasi nel giudizio di appello;

e

la S.p.A. Porto Turistico Domiziano, in persona del legale rappresentate in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Baschieri Salvadori, Prof. Giuseppe Morbidelli ed Umberto Righi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli ultimi due in Roma, Via G. Carducci, 4;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo per la Toscana, sez. I, n. 710 del 9 aprile 2002, resa inter partes;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato e della Società Porto Turistico Domiziano s.p.a.;

¹¹² Cfr. Corte di giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*; 10 novembre 2005, C-29/04, *Mödling*; v. anche Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072, che ha escluso il controllo analogo in presenza della semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati.

¹¹³ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2007 n. 5.

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Società Porto Turistico Domiziano s.p.a.;

Viste le memorie presentate dalle parti a sostegno delle loro rispettive ragioni;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla udienza pubblica del 3 aprile 2007 il Consigliere Roberto Giovagnoli, ed uditi altresì l'avv. Martelli per delega dell'avv. Guarino, l'avv. dello Stato Quattrone e l'avv. Manzi per delega dell'avv. Righi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con sentenza n. 710/2002, il T.A.R. per la Toscana, Sezione Prima, previa riunione di 7 ricorsi (n. 2210, 3560 e 4469 del 1995, n. 2750 e 4115 del 1996, n. 807 e n. 1074 del 2001), ha respinto i primi due - proposti dal Comune di Monte Argentario - dichiarando inammissibili i ricorsi incidentali della parte controinteressata; ha dichiarato inammissibile il terzo ed ha accolto gli ultimi quattro - proposti dalla società Porto Turistico Domiziano - disponendo infine la condanna alle spese a carico solidale del Comune di Monte Argentario e della Regione Toscana in favore della controinteressata società Porto Turistico Domiziano.

Gli atti oggetto delle originarie impugnazioni, poi riunite, erano i seguenti:

- ric. n. 2210/95 (proposto dal Comune di Monte Argentario) contro il decreto di comparazione del 20.04.95 del Capo del Compartimento Marittimo di Livorno recante l'assenso alla società Porto Turistico Domiziano di concessione demaniale marittima;
- ric. n. 3560/95 (proposto dal Comune di Monte Argentario) contro la licenza di occupazione dello specchio acqua per la realizzazione dell'approdo turistico, rilasciata dalla Capitaneria di Porto di Livorno in favore della società Porto Turistico Domiziano in data 16.09.1995;
- ric. n. 4469/95 con il quale la società Porto Turistico Domiziano ha impugnato la deliberazione della Giunta Regionale Toscana n. 3854 del 24.07.95 di approvazione della variante parziale al P.R.G. di Monte Argentario;
- ric. n. 2750/96, con il quale la stessa società Porto Turistico Domiziano ha impugnato l'ordinanza del Sindaco di Monte Argentario di sospensione dei lavori di installazione dei pontili galleggianti;
- ric. n. 4115/96, con il quale la società Porto Turistico Domiziano ha impugnato il provvedimento n. 3154/96 con il quale il Sindaco del Comune di Monte Argentario ha negato il rilascio della concessione edilizia;
- ric. n. 807/01, con il quale la società Porto Turistico Domiziano ha impugnato il provvedimento dirigenziale n. 5852/01 del Dirigente del III Settore Edilizia Privata del Comune di Monte Argentario, con il quale è stata respinta la domanda di concessione edilizia in sanatoria;
- ric. n. 1074/01, con il quale la società Porto Turistico Domiziano ha impugnato il provvedimento dirigenziale n. 8583/01 del Dirigente del III Settore Edilizia Privata del Comune di Monte Argentario, con il quale è stata respinta l'istanza di concessione edilizia per l'ampliamento ei pontili galleggianti.

2. Contro la sentenza del T.a.r. Toscana ha proposto appello il Comune di Monte Argentario formulando i seguenti motivi di gravame:

Violazione dell'art. 37 del codice della navigazione. Eccesso di potere per omessa valutazione di circostanze rilevanti. Difetto di motivazione e di istruttoria. Errore nei presupposti.

Falsa applicazione della variante urbanistica approvata con delibera della Giunta Regionale n. 3854 del 24.7.1995.

Falsa applicazione della normativa urbanistica.

3. Si è costituita in giudizio la società Porto Turistico Domiziano s.p.a., che ha chiesto il rigetto dell'appello e ha riproposto, nelle forme dell'appello incidentale, i ricorsi incidentali già proposti in primo grado e dichiarati inammissibili dal T.a.r. a seguito del rigetto del ricorso principale.

Si è costituita, altresì, in giudizio l'Avvocatura Generale dello Stato, per il Ministero dei Trasporti e la Capitaneria di Porto di Livorno, insistendo per il rigetto dell'appello.

4. All'udienza del 3 aprile 2007, su richiesta delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. L'appello è infondato.

6. Con il primo motivo di gravame, il Comune di Monte Argentario sostiene l'illegittimità dell'assentimento e poi del rilascio alla società Porto Turistico Domiziano della concessione demaniale dello specchio acqueo ricompreso nel Porto di S. Stefano (tra il molo Garibaldi e il pontile del Valle).

6.1. Giova rilevare preliminarmente che la Capitaneria di Porto di Livorno, nell'effettuare la valutazione comparativa tra l'istanza di concessione demaniale presentata dal Comune di Monte Argentario e quella presentata dalla società Porto Turistico Domiziano, ha preferito quest'ultima sulla base di due elementi, i quali emergono chiaramente dalla lettura del provvedimento della Capitaneria di Porto del 20.4.1995.

L'Autorità portuale, in particolare, ha ritenuto:

- che la società di Porto Domiziano offrì "maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione. Ciò in quanto il Comune si propone richiedente di concessione demaniale con il dichiarato intento di procedere a sub-concessione ad una società per azioni in cui lo stesso Ente pubblico dovrà sottoscrivere il 51% del capitale sociale [...] dimostrando in tal modo di non avere sufficiente capacità economica sia per la realizzazione del progetto presentato che per la gestione [...]";
- "che la società Porto Domiziano si propone di collocare strutture precarie, similmente al Comune di Monte Argentario, ma con dichiarata provvisorietà, nelle more della predisposizione degli strumenti urbanistici finalizzati alla realizzazione dell'approdo turistico, sicché risultano di immediata collocazione. Mentre il Comune si propone di organizzare un approdo turistico la cui concreta realizzazione è gravata e vincolata dalla prodromica possibilità di realizzare e rispettare i parametri urbanistici connessi, si da risultare subordinata alla realizzazione globale dell'approdo turistico, non soddisfacendo in tempi brevi e con caratteristiche di provvisorietà l'interesse pubblico attuale della razionalizzazione degli ormeggi in questione".

6.2. Il Comune di Monte Argentario contesta tale provvedimento (impugnando la sentenza del T.a.r. che l'ha ritenuto legittimo), sostenendo che i due motivi appena riassunti (su cui si è fondata la decisione della Capitaneria) non corrispondano alla realtà dei fatti.

In primo luogo, l'appellante sostiene che anche la proposta presentata dal Comune prevedeva un intervento immediato (l'unica differenza tra i due progetti sarebbe costituita dal fatto che, mentre la società Porto Domiziano dichiarava la provvisorietà delle strutture da collocare, il Comune aveva inquadrato le stesse in un'ampia prospettiva costituita dall'organizzazione di un vero e proprio approdo turistico, senza nulla togliere, però, alla immediatezza dell'intervento);

6.3. Secondo il Comune, inoltre, non corrisponderebbe al vero l'affermazione secondo cui la società Porto Domiziano offrì maggiori garanzie di proficua utilizzazione del bene. Ciò perché, a differenza di quanto ritenuto nel provvedimento impugnato:

- il capitale della Porto Domiziano non era di 400 milioni di lire, ma solo di 63 milioni di vecchie lire (né può assumere rilievo, per rimediare a tale erronea rappresentazione della realtà, la circostanza, valorizzata invece dal T.a.r., che il capitale sociale poteva comunque essere aumentato);
- il rapporto esistente tra il Comune di Monte Argentario e la costituenda società cui affidare la gestione del porto non era (come erroneamente avrebbe ritenuto la Capitaneria) di subconcessione, ma, al contrario, tale rapporto avrebbe dovuto essere ricondotto all'allora vigente art. 22, lett. e) legge n. 142/1990, venendo in considerazione una società mista deputata alla gestione di un servizio pubblico locale. Tale società – sostiene ancora l'appellante nella memoria difensiva depositata il 23.3.2007 – non rappresenterebbe un soggetto terzo rispetto al Comune, ma "uno degli strumenti che la legge prevede per la gestione del servizio mediante un organismo di tipo pubblicistico". Titolare della concessione rimarrebbe, però, sempre il Comune, il quale si sarebbe avvalso della società mista solo per gestire il servizio.

7. Il motivo è infondato.

Il Collegio ritiene, infatti, che le ragioni alla luce delle quali la Capitaneria di Porto ha accordato preferenza alla proposta presentata dalla Società Porto Domiziano, non solo sussistono realmente, ma sono anche illustrate nel provvedimento impugnato in maniera adeguata, coerente e razionale.

7.1. Per quanto riguarda le maggiori garanzie di proficua utilizzazione economica della concessione, la Capitaneria ha attribuito rilevanza decisiva alla circostanza che il Comune di Monte Argentario si proponeva di gestire il bene demaniale non direttamente, ma attraverso una costituenda società per azioni, partecipata dal Comune per una percentuale del capitale sociale non inferiore al 51%.

Alla luce di tale intenzione del Comune, la Capitaneria ha ritenuto che la società Porto Domiziano, che invece proponeva di gestire direttamente il bene demaniale, offrisse maggiori garanzie di proficua utilizzazione economica del bene medesimo.

Si tratta di una valutazione che si sottrae alle censure sollevate dall'appellante: il fatto che il Comune proponesse di gestire il bene demaniale non direttamente, ma attraverso una società mista non ancora costituita, è certamente un elemento in grado di condizionare in senso negativo la valutazione spettante alla P.A. circa la proficua utilizzazione economica del bene che deve essere affidato in concessione.

Ed invero – anche a prescindere dalle censure sollevate con l'appello incidentale dalla controinteressata Porto Turistico Domiziano (secondo la quale, l'istanza del Comune, per il solo fatto di prevedere la gestione da parte di un soggetto terzo, non avrebbe dovuto neanche essere ammessa a comparazione) – la circostanza che al momento della comparazione delle domande, la società mista (cioè il soggetto che in concreto avrebbe gestito il bene demaniale) non fosse ancora nemmeno costituita, era tale da stendere sul progetto del Comune un pesante velo di incertezza.

Tale incertezza (si pensi che l'Amministrazione concedente non poteva neanche conoscere, al momento della valutazione comparativa, quali sarebbero stati i soci privati che il Comune avrebbe chiamato a partecipare alla gestione del servizio) già di per sé giustifica la scelta dell'Autorità portuale che ha ritenuto il progetto del Comune di Monte Argentario meno allettante, dal punto di vista della proficua utilizzazione economica ed aziendale del bene, rispetto a quello concorrente della società Porto Turistico Domiziano.

7.2. Né hanno pregio, sotto tale profilo, le considerazioni dell'appellante in merito alla pretesa identità tra il Comune e la costituenda società mista. Non vi è dubbio, infatti, che ai sensi dell'art. 22 legge n. 142/1990, ed oggi dell'art. 113 T.U.E.L., la società mista deputata a gestire i servizi pubblici locali è un soggetto formalmente e sostanzialmente distinto rispetto all'ente locale. Il rapporto è di terzietà non di immedesimazione.

Indicazioni univoche in tal senso derivano proprio dal diritto comunitario e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Alla stregua dei principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria, deve ritenersi che un rapporto di immedesimazione tra l'ente e la società chiamata a gestire il servizio pubblico possa riscontrarsi solo laddove concorrano i seguenti due elementi: a) l'amministrazione deve esercitare sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; b) il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente (c.d. in house) non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa (principi affermati dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza Teckal del 18 novembre 1999, C-107/98).

La Corte di Giustizia ha tuttavia escluso che possa sussistere il controllo analogo in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato (Corte di giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle; 11 maggio 2006, C-340/04).

Secondo la Corte di Giustizia, inoltre, la partecipazione pubblica totalitaria è elemento necessario, ma non sufficiente, per integrare il requisito del controllo analogo.

I giudici comunitari hanno ritenuto necessari maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico rispetto a quelli previsti dal diritto civile:

- il consiglio di amministrazione della s.p.a. in house non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- l'impresa non deve aver «acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo» dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta il territorio nazionale e all'estero (Corte di giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen; 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling; anche Cons. Stato, V, 30 agosto 2006 n. 5072, ha escluso il controllo analogo in presenza della semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati);

- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (in questo senso, anche Cons. Stato, V, 8 gennaio 2007 n. 5).

È evidente, allora, che, nel caso di specie, la società che il Comune di Monte Argentario si proponeva di costituire non poteva certo essere ricondotta a quel fenomeno di immedesimazione che ricorre solo in presenza dei requisiti dell'in house: da un lato, infatti, lo statuto prevedeva una consistente apertura all'ingresso di soci privati (sino al 49% del capitale); dall'altro, non risultavano predisposti strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto commerciale.

Esclusi i presupposti dell'in house, e quindi, esclusa la sussistenza di un rapporto di immedesimazione tra l'ente e la società, diventava anche problematico giustificare, sempre alla luce dei principi di diritto comunitario, l'affidamento diretto (che il Comune intendeva porre in essere) della gestione del bene demaniale alla costituzione di una società mista.

Tutti questi elementi erano certamente tali da incidere negativamente, come la Capitaneria ha correttamente rilevato nel provvedimento impugnato, sul progetto presentato dal Comune, giustificando così la preferenza accordata al progetto concorrente, ritenuto in grado di offrire maggiori garanzie di proficua utilizzazione economica.

7.3. Né si può ritenere che tali considerazioni rappresentino una forma di integrazione giudiziale della motivazione contenuta nel provvedimento impugnato. Nel provvedimento, la Capitaneria afferma chiaramente che il progetto presentato dal Comune offre minori garanzie di proficua utilizzazione economica perché prevede l'affidamento ad una società mista partecipata solo per il 51% dal Comune.

Gli elementi motivazionali rilevanti sono dunque tutti contenuti nella motivazione dell'atto impugnato. L'individuazione delle ragioni giuridiche che rendono tale motivazione legittima appartengono, in base al principio *iura novit curia*, al Giudice amministrativo, senza che ciò rappresenti una integrazione della motivazione già compiutamente formulata dall'Amministrazione.

7.4. Non ha rilievo, infine, il fatto che il provvedimento faccia riferimento ad un capitale sociale dichiarato della società Porto Domiziano di 400 milioni di vecchie lire. Si tratta, infatti, di un dato non decisivo nell'economia complessiva della comparazione, in quanto tale dato, anche a ritenerlo non esatto, nulla toglie alla valutazione negativa espressa, in punto di garanzie di proficua utilizzazione economica, al progetto presentato dal Comune di Monte Argentario.

7.5. Parimenti infondate sono le censure rivolte all'altro profilo motivazionale su cui si fonda la preferenza accordata alla Porto Domiziano: la capacità del progetto presentato da quest'ultimo di soddisfare in tempi brevi e con caratteristiche di provvisorietà l'interesse pubblico attuale della razionalizzazione degli ormeggi in questione. Premesso che si tratta un aspetto che attiene alla valutazione dell'interesse pubblico da soddisfare e, quindi, al merito dell'azione amministrativa, rispetto al quale il sindacato giurisdizionale può esercitarsi solo attraverso le c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere, va rilevato come, nel caso di specie, gli indici di sviamento denunciati dal Comune appellante non sussistono.

Emerge, infatti, dagli atti che il progetto della Porto Domiziano si presentava di realizzazione più pronta e più semplice (installazione di pontili galleggianti precari e rimovibili) di quello presentato dal Comune, il quale si proponeva la realizzazione di una struttura più complessa, implicante la necessità di lavori importanti nello specchio acqueo, con posa in opera di strutture che, da un lato, avrebbero richiesto tempi più lunghi di realizzazione e, dall'altro, avrebbero modificato sensibilmente lo stato dei luoghi.

Poiché l'Amministrazione ha ritenuto conforme all'interesse pubblico la realizzazione di interventi provvisori (tali da risolvere i problemi dell'ormeggio senza incidere sui successivi assetti) e di pronta realizzazione, si giustifica la preferenza accordata al progetto Porto Domiziano, ritenuto più adeguato rispetto alle esigenze di rapidità e provvisorietà.

Né rileva in senso contrario, quale indice di contraddizione e quindi di sviamento, il fatto che nel provvedimento si dà atto che anche il Comune si proponesse di realizzare strutture precarie. La Capitaneria spiega diffusamente, infatti, che l'intervento del Comune richieda tempi di realizzazione più lunghi e, soprattutto, sia volto ad una più profonda trasformazione dello stato dei luoghi.

Anche sotto questo profilo, quindi, il primo motivo di appello è infondato.

8. Con il secondo motivo di appello, il Comune di Monte Argentario lamenta la violazione della variante urbanistica al P.R.G. approvata con delibera della Regione Toscana n. 3854 del 24 luglio 1995.

Secondo l'appellante il ragionamento svolto sul punto dal T.a.r. Toscana (che ha ritenuto la variante al P.R.G. inapplicabile alla fattispecie in esame) sarebbe viziato perché non tiene conto del fatto che, in virtù del principio di leale collaborazione, il Piano Regolatore Portuale non può porsi in contrasto con il Piano Regolatore Generale e viceversa.

8.1. Anche tale motivo è infondato.

Come questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di rilevare (Consiglio Stato, sez. IV, 24 marzo 2006, n. 1538), le aree portuali sono assoggettate al regime demaniale ai sensi dell'art. 28, comma I, lettera a), del codice della Navigazione.

L'articolo 30 del codice della navigazione prevede che spetta alla amministrazione della Marina Mercantile regolare l'uso di tali beni con possibilità di delega della potestà ad altri enti, tra cui l'Autorità Portuale. La legge n. 84/1994, come modificata dalla legge n. 647/1996, all'art. 5, comma 3, prevede che nei porti di cui al comma 1 nei quali è istituita l'Autorità Portuale, il Piano Regolatore è adottato dal Comitato Portuale previa intesa con il comune o i comuni interessati.

Ai sensi dell'art. 27 L. 84/1994 i piani regolatori portuali vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge conservano efficacia fino al loro aggiornamento.

Essendo, lo strumento pianificatore dell'ambito portuale, il Piano Regolatore Portuale, da aggiornarsi ai sensi dell'art. 27 L. 84/1994, l'Autorità alla quale è attribuito il potere pianificatorio nell'area pertinente al Demanio Marittimo Portuale e alla quale è affidata la competenza dell'aggiornamento del Piano Regolatore Portuale è l'Autorità Portuale.

Pertanto, il piano portuale determina, nell'ambito portuale, l'assetto viario, la sistemazione degli edifici, la distribuzione degli impianti. Oggetto del piano non sono solo i beni demaniali, ma tutti i beni che insistono nell'area portuale, e che possono appartenere anche a privati (art. 5, comma 1).

Esso è di competenza della Autorità Portuale, salva l'intesa con il comune o i comuni interessati.

Il piano regolatore portuale si colloca nel novero dei piani speciali di competenza di quegli enti pubblici, diversi da Regione e Comune, ai quali leggi statali o regionali attribuiscono specifiche funzioni di pianificazione territoriale (art. 3, comma 2, L.R. 19/11/1991, n. 52).

Esso costituisce lo strumento pianificatorio nell'ambito portuale, avente natura esclusivamente tecnica e finalizzato allo svolgimento delle attività portuali.

Dal punto di vista urbanistico, la legge regionale della Toscana (l.r. 68/1997) prevede, all'articolo 9, che per i porti e approdi turistici il Comune predisponesse un piano regolatore, previa intesa con l'Autorità marittima. La regola per definire i rapporti tra piano regolatore generale e piano portuale è, pertanto, quella della intesa. Ciò significa che l'adozione e le modifiche sia dei piani comunali sia dei piani speciali - come quello portuale - non sono possibili senza una previa intesa con le altre autorità coinvolte, costituendo l'intesa lo strumento previsto dall'ordinamento in uno spirito di collaborazione tra enti pubblici, mirante a dirimere i contrasti e a trovare accordi. Nella specie, il Comune, ha agito adottando lo strumento della variante, compiendo determinate scelte urbanistiche precise su una zona soggetta a piano speciale, senza alcuna previa intesa con l'autorità preposta. Ne discende che, come ritenuto dal Giudice di primo grado, in assenza dell'intesa, la variante al P.R.G. approvata dalla Regione con delibera n. 3854/1995 non può essere applicata nell'area demaniale oggetto del presente giudizio, né interferire con la gestione della stessa. Ciò implica che la Capitaneria di Porto non era tenuta, nel rilascio della concessione demaniale alla società Porto Domiziano, alla osservanza della delibera regionale medesima.

9. Con il terzo motivo di appello si contesta la sentenza di primo grado nella parte in cui ha accolto i ricorsi proposti dalla società Porto Domiziano avverso: la sospensione dei lavori di installazione dei pontili provvisori, il diniego di rilascio di concessione edilizia cautelativamente richiesta, il diniego di concessione edilizia in sanatoria cautelativamente richiesta, il diniego di nuova concessione edilizia per l'ampliamento dei pontili galleggianti nello stesso specchio d'acqua oggetto della concessione demaniale.

9.1. Anche tale motivo è infondato.

I provvedimenti impugnati si fondano, infatti, essenzialmente sul contrasto con la delibera regionale n. 3854/1995 che approva la variante al P.R.G. delle opere che la società Porto Turistico Domiziano deve realizzare in attuazione del progetto assentito.

Risulta, quindi, corretta la decisione del T.a.r. che, ritenuta la non applicabilità della delibera regionale all'area demaniale in oggetto, ha di conseguenza considerato carenti, sul piano motivazionale, i provvedimenti emanati dal Comune, e li ha quindi annullati.

9.2. L'ordine di sospensione dei lavori (dalla cui motivazione secondo l'appellante dovrebbe ricavarsi anche quella dei provvedimenti successivi stante l'unitarietà della vicenda che ha portato all'emanazione dei quattro provvedimenti impugnati) si fonda anche sulla considerazione che l'installazione dei pontili sarebbe di ostacolo nelle acque portuali per le imbarcazioni e arrecherebbe un turbamento dell'attuale assetto dei servizi a terra riguardanti la viabilità, i servizi igienici e sanitari, i parcheggi e l'approvvigionamento idrico dei natanti.

Come già rilevato dal Giudice di primo grado, anche il riferimento a tale circostanza è inidoneo a sorreggere il provvedimento impugnato: si tratta, infatti, di valutazioni che il Comune sovrappone a quella di pertinenza dell'Autorità statale e già svolte dalla medesima Autorità, con esito ben diverso, al momento del rilascio della concessione demaniale.

10. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello principale deve essere rigettato.

11. Il rigetto dell'appello principale rende inammissibile, per difetto di interesse, l'appello incidentale proposto dalla Porto Turistico Domiziano s.p.a.

12. Sussistono, data la complessità della vicenda, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e dichiara inammissibile l'appello incidentale.

Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 3 aprile 2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio VARRONE	Presidente
Carmine VOLPE	Consigliere
Luciano BARRA CARACCILO	Consigliere
Lanfranco BALUCANI	Consigliere
Roberto GIOVAGNOLI	Consigliere Est.
Presidente	
f.to Claudio Varrone	
Consigliere	Segretario
f.to Roberto Giovagnoli	f.to Glauco Simonini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 1° giugno 2007.

Capitolo 7

Società in house e più enti proprietari

TAR Campania, Napoli, Sez. I, Sentenza n. 8055 del 13/9/2006

Condizioni per la verifica del “controllo analogo” nel caso di più enti proprietari di una società in house.

Una lettura conforme ai principi nazionali e comunitari non può non inquadrare la società in house providing come una longa manus dell'ente, una sua derivazione operativa, formalmente strutturata come società, ma sostanzialmente in tutto e per tutto dipendente dai soggetti pubblici proprietari del capitale. Il legislatore nazionale, recependo le indicazioni provenienti dal giudice comunitario, ha introdotto il requisito del controllo analogo come una delle condizioni necessarie per l'affidamento di un servizio pubblico locale da parte dell'ente titolare in favore di una società a capitale interamente pubblico di cui quello stesso ente sia, anche se in parte, proprietario. Chiaramente il problema di verificare l'esistenza del controllo analogo non potrà essere risolto in termini astratti, dovendosi verificare caso per caso, l'esistenza di una quasi immedesimazione tra società ed ente pubblico proprietario. In linea di principio, comunque, l'indagine dovrà tenere conto sia della specifica articolazione organizzativa e gestionale della società, sia della disciplina dei rapporti tra gli enti proprietari.

In presenza di più enti proprietari di una società in house providing, ipotesi espressamente contemplata dalla legge, occorre, invece, ricercare un equilibrio che direttamente nella composizione e nel funzionamento degli organi societari possa consentire anche ai comuni di minoranza di poter efficacemente gestire il servizio e ciò sia attraverso un'attività di vero e proprio controllo, intesa come verifica periodica dell'andamento della gestione, sia mediante la previsione di efficaci poteri decisionali tesi ad assicurare il regolare svolgimento del servizio pubblico locale di cui i predetti enti proprietari restano sempre i titolari e come tali responsabili.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania 1^a Sezione

- ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1362/06 R.G. proposto da Demetra Service s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Riccardo Paparella e Paolo Picone ed elettivamente domiciliata in Napoli, via Manzoni n. 109/a, presso lo studio dell'Avvocato Paolo Picone;

contro

Comune di Meta di Sorrento in persona del Sindaco p.t. rappresentato e difeso dagli Avvocati Riccardo Soprano ed Antonio Sasso ed elettivamente domiciliato in Napoli, via Toledo n. 156, presso lo studio degli Avvocati Riccardo Soprano ed Antonio Sasso;

nonchè contro

Penisola Verde s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'Avvocato Lucio de Luca di Melpignano ed elettivamente domiciliata in Napoli, via Cesario Console n. 3, presso lo studio dell'Avvocato Lucio de Luca di Melpignano;

per l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari

1) della deliberazione del Consiglio Comunale n. 5 del 12.1.2006 con la quale il Comune di Meta ha tra l'altro aderito a Penisola Verde s.p.a., società a capitale misto in via di trasformazione in società a capitale interamente pubblico, ha approvato lo schema di statuto della suddetta società, ne ha acquistato il 24% del valore azionario al prezzo di € 87.500,00, ha dato atto che con successivo provvedimento verrà approvato lo schema di contratto di servizio di raccolta e smaltimento r.s.u.;

2) della deliberazione del Consiglio Comunale n. 71 del 22.11.2005 con la quale il Comune di Meta provvedeva a dare mandato al Comune di Sorrento affinché individuasse idoneo professionista per la redazione di una perizia giurata di valutazione del prezzo di offerta d'acquisto delle azioni di Penisola Verde s.p.a. come formulata dal socio privato Hera s.p.a.

3) di ogni altro atto o provvedimento comunque ad essi preordinato, connesso e conseguente;

nonché mediante la proposizione di motivi aggiunti

1) della deliberazione del Consiglio Comunale di Meta di Sorrento n. 14/2006, pubblicata in data 9.3.2006, con la quale il Comune di Meta ha: a) approvato lo schema di convenzione tra i comuni proprietari del pacchetto azionario della Penisola Verde s.p.a. per l'esercizio sulla società di gestione di servizi pubblici locali dei poteri di controllo analogo a quello esercitato sui servizi comunali (art. 11 T.U. Enti Locali); b) approvato il disciplinare dei servizi affidati alla Penisola Verde s.p.a.; c) approvato lo schema di contratto di servizio affidato alla Penisola Verde s.p.a.; d) dato atto dell'urgenza a provvedere, atteso che la proroga dell'appalto del servizio di igiene urbana affidato alla Demetra Service s.r.l. scade il 31.3.2006, per cui necessita che la gestione del servizio di cui trattasi mediante la Penisola Verde s.p.a. sia operativa con decorrenza 1° aprile 2006; di dichiarare il provvedimento in oggetto immediatamente eseguibile ai sensi dell'art 134 del D.Lgs. 267/2000;

2) di ogni altro atto o provvedimento comunque ad essi preordinato, connesso e conseguente;

Visto i ricorsi con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio del Comune di Meta di Sorrento e della società Penisola Verde s.p.a.;

Visti tutti gli atti di causa;

elatore il Dott. Paolo Corciulo;

Uditi all'udienza pubblica del 21.6.2006 gli Avvocati di cui verbale di udienza;

FATTO

Con deliberazione consiliare n. 5 del 12.1.2006 il Comune di Meta di Sorrento aderiva alla Penisola Verde s.p.a., società mista in via di trasformazione in società a capitale interamente pubblico, acquistandone il 24% del pacchetto azionario ed approvandone lo schema di statuto.

Il provvedimento costituiva attuazione della volontà del Comune di Meta di gestire il servizio di igiene urbana mediante il sistema in house providing, intento già espresso nella deliberazione di Consiglio 71 del 22.11.2005 con cui erano state dettate le opportune direttive per attuare tale scelta gestionale.

La società Penisola Verde s.p.a., originariamente a capitale misto, si era così trasformata in soggetto a totale partecipazione pubblica, essendone divenuti unici proprietari, oltre al Comune di Sorrento, originario socio pubblico, i Comuni di Meta e di Piano di Sorrento, acquirenti ciascuno del 50% del capitale privato residuo, pari al 48% rilevato dalla società Hera s.p.a.

Va rilevato che per quanto concerne il Comune di Meta di Sorrento, la valutazione in ordine alla convenienza dell'acquisto, costato all'ente la somma di €87.500,00, era stata rimessa al parere di un professionista

all'uopo incaricato dal Comune di Sorrento che di tanto aveva ricevuto espresso mandato proprio dallo stesso Comune di Meta.

Avverso tali provvedimenti proponeva ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale la Demetra Service s.r.l., in qualità di soggetto gestore del servizio di igiene urbana nel Comune di Meta in regime di proroga fino al 31.3.2006, chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.

La ricorrente contestava l'esistenza tra la Penisola Verde s.p.a. ed il Comune di Meta di Sorrento di quel necessario rapporto che l'art 113 del D.Lgs. 18.8.2000 267 impone in termini di controllo analogo da parte del Comune sulla società a capitale pubblico affidataria in house di un servizio pubblico locale; al riguardo, mancavano ad avviso della Demetra Service s.r.l. in capo al Comune di Meta quell'autonomia e quel peso specifico necessari all'interno della società per poter effettivamente configurare una situazione di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi: la posizione di netta supremazia da parte del Comune di Sorrento, oltre ad emergere dall'assetto degli organi societari, in ragione della loro composizione e funzionamento, risultava confermata dalla circostanza per cui il Comune di Meta, per la valutazione della convenienza dell'acquisto delle azioni della Penisola Verde s.p.a., aveva affidato tale compito proprio al Comune di Sorrento.

Contestava ancora parte ricorrente che la scelta del sistema in house providing era illegittima perché non si era tenuto conto che il Comune non avrebbe potuto disporre l'affidamento alla Penisola Verde s.p.a. anche del servizio di raccolta differenziata ai sensi dell'art 5, primo comma del D.L. 30.11.2005 n. 245 che attribuiva tale compito ai consorzi di bacino.

Si costituiva in giudizio il Comune di Meta di Sorrento che concludeva per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, eccependo l'inammissibilità del gravame per carenza di legittimazione.

Alla camera di consiglio del 15.3.2006, il Tribunale, con ordinanza 728/06, respingeva la domanda cautelare.

Con successiva deliberazione consiliare 14/06, pubblicata in data 9.3.2006, il Comune di Meta di Sorrento approvava lo schema di convenzione tra i comuni proprietari del pacchetto azionario della Penisola Verde s.p.a. per l'esercizio sulla società di gestione di servizi pubblici locali dei poteri di controllo analogo a quello esercitato sui servizi comunali, il disciplinare dei servizi e lo schema di contratto di servizio; dava atto dell'urgenza a provvedere, attesa la necessità di avviare il servizio dal 1° aprile 2006, giorno successivo a quello di scadenza del servizio affidato alla Demetra Service s.r.l.

Avverso detta deliberazione proponeva motivi aggiunti la Demetra Service s.r.l., chiedendone l'annullamento, anche questa volta previa concessione di idonee misure cautelari.

Le censure, che in parte ricalcavano quelle già contenute nel ricorso introduttivo, s'incentravano sull'assoluta inidoneità della convenzione intervenuta tra i tre Comuni soci a superare la mancanza del requisito del controllo analogo, non potendo al riguardo essere considerata sufficiente la previsione di una Assemblea dei Sindaci con il compito di deliberare in maniera preventiva ed all'unanimità su aspetti gestionali che coprivano solo in parte l'area di intervento e di gestione di cui era incaricata la Penisola Verde s.p.a.

Oltre al Comune di Meta, si costituiva in giudizio anche la società Penisola Verde s.p.a. anche questa chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare ed eccependone altresì l'inammissibilità.

Alla camera di consiglio del 5.4.2006, il Tribunale, con ordinanza 941/06, respingeva la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 21.6.2006, in vista della quale venivano depositate memorie conclusionali da parte del Comune resistente e della Penisola Verde s.p.a., il Tribunale tratteneva la causa per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La società Demetra Service s.r.l., affidataria in regime di proroga del servizio di igiene urbana per il Comune di Meta di Sorrento fino al 31.3.2006, ha impugnato i provvedimenti con cui l'Amministrazione resistente ha dapprima acquistato il 24% del capitale sociale della Penisola Verde s.p.a., società a partecipazione interamente pubblica, per poi affidare alla stessa con decorrenza dal 1° aprile 2006 il servizio in questione mediante il sistema dell'in house providing ai sensi dell'art 113, quinto comma, lettera c) del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267.

Occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di difetto di legittimazione attiva e di interesse a ricorrere sollevata sia dalla difesa del Comune che della Penisola Verde s.p.a.

Al riguardo, non coglie nel segno l'argomentazione sottesa al richiamo operato alla giurisprudenza di questa Sezione (T.A.,R. Campania Napoli I Sezione n. 136/2000) ed a quella del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato V Sezione 30.8.2004 n. 5643) circa l'insindacabilità della scelta del modello gestionale; infatti, se non è senz'altro contestabile che una scelta siffatta non sia giustiziabile, risolvendosi in una valutazione di opportunità, come tale eccedente il limite esterno del sindacato giurisdizionale, è altrettanto vero che lo stesso sindacato deve ritenersi pienamente configurabile laddove le doglianze riguardino non già la convenienza del modello gestionale prescelto, ma la sussistenza dei suoi requisiti di legittimità.

E, nel caso di specie, molto chiaramente la società Demetra Service s.r.l., a parte la possibilità oggettiva di un affidamento del servizio di raccolta differenziata alla Penisola Verde s.p.a. per specifici limiti imposti dalla normativa in materia, ha contestato la sussistenza del requisito del controllo analogo che nella logica dell'art. 113 del T.U.EE.LL. costituisce condicio sine qua non della gestione in house providing.

Piuttosto, la domanda che occorre porsi ai fini della verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione riguarda la sussistenza della legittimazione a ricorrere, con riferimento agli atti impugnati con il ricorso introduttivo, e dell'interesse a ricorrere, avuto riguardo ai provvedimenti contestati con i motivi aggiunti.

Infatti, va tenuto conto che la posizione della ricorrente è quella di impresa operante nel settore di riferimento, anzi quella, più intensa, di precedente soggetto affidatario del servizio.

Pertanto, non saranno ravvisabili né legittimazione, né interesse a ricorrere avverso gli atti con cui il Comune di Meta di Sorrento ha acquistato le azioni della Penisola Verde s.p.a., valutandone la convenienza, trattandosi di vicende a cui resta assolutamente estranea ed indifferente la società ricorrente.

Diversamente deve ritenersi con riferimento alle scelte compiute dall'ente comunale riguardo all'affidamento del servizio di igiene urbana alla Penisola Verde s.p.a.; qui, l'interesse della Demetra Service s.r.l., quale impresa del settore, qualità che ne impone anche il riconoscimento della legittimazione a ricorrere, potrebbe consistere nell'obiettivo, meramente strumentale, di un azzeramento dell'intera azione amministrativa, con possibile recupero dell'eventualità di una diversa determinazione circa il modello gestionale prescelto che potrebbe così cadere anche sull'affidamento all'esterno del servizio; al riguardo, non può infatti dubitarsi che il rapporto di stretta presupposizione sussistente tra la decisione del Comune di Meta di Sorrento di gestire il servizio in house providing e l'individuazione dello specifico soggetto gestore nella Penisola Verde s.p.a., in caso di accertata insussistenza in capo a quest'ultima dei necessari requisiti di legge per l'affidamento del servizio, comporterebbe la caducazione anche della scelta relativa al modello gestionale, imponendo così all'amministrazione di rinnovare anche tale determinazione, con conseguente possibilità di optare per un affidamento all'esterno che sia circoscritto ad attività esercitate dalla società ricorrente.

Inoltre, una simile eventualità destituisce di fondamento anche le eccezioni di inammissibilità per carenza di interesse riconducibili da un lato all'improrogabilità del contratto di servizio di cui la ricorrente era titolare in qualità di precedente gestore, dall'altro all'eccedenza dell'oggetto del servizio come affidato alla società in house providing rispetto alle capacità operative della Demetra Service s.r.l.

Passando al merito della controversia, la principale contestazione della società ricorrente concerne l'insussistenza nel caso di specie di quel "controllo analogo sui propri servizi" che, ai sensi dell'art 113, quinto comma lett. c) del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267, deve sussistere tra l'ente titolare del capitale sociale e la società in house providing.

Devono al riguardo essere premesse alcune considerazioni di carattere generale.

L'art. 113, quinto comma del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267 disciplina varie modalità di utilizzo dello strumento societario come soggetto gestore di un servizio pubblico locale; ciò avviene, distintamente, attraverso il modello tipico della società di capitali di diritto civile - che presuppone una scelta di esternalizzazione cui segue l'esperimento di una procedura di evidenza pubblica secondo i principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario- oppure mediante il ricorso ad una società a capitale misto pubblico/privato - rispetto al quale il

momento concorrenziale è anticipato alla fase di scelta del socio privato – ed infine mediante affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico.

Va immediatamente rilevato come, per effetto dei principi introdotti dalla giurisprudenza comunitaria, senz'altro maggiormente incline verso soluzioni di affidamento all'esterno, il ricorso allo strumento della società in mano pubblica abbia subito una sensibile riduzione e ciò anche in conseguenza di interpretazioni restrittive dell'istituto offerte dalla giurisprudenza nazionale che ne ha fortemente condizionato la portata applicativa.

Infatti, le discussioni sorte in dottrina ed in giurisprudenza – tutt'altro che sopite – sono giunte ad elaborare caratteristiche strutturali e funzionali della società in house providing che l'hanno sempre di più allontanata dal modello tipico societario di diritto comune, pervenendo alla configurazione di un soggetto del tutto nuovo; infatti, l'esigenza imposta dalla Corte di Giustizia di confinare l'istituto negli angusti ambiti di una fattispecie residuale, se non addirittura eccezionale, rispetto alla generale regola dell'affidamento all'esterno mediante procedura di gara, congiuntamente alla necessità di salvaguardare comunque la natura societaria del modello, ha determinato il sorgere di una figura dai caratteri e dalla natura incerti.

A conferma di tale difficile collocazione sistematica, il legislatore nazionale, recependo le indicazioni provenienti dal giudice comunitario, ha introdotto il requisito del controllo analogo come una delle condizioni necessarie per l'affidamento di un servizio pubblico locale da parte dell'ente titolare in favore di una società a capitale interamente pubblico di cui quello stesso ente sia, anche se in parte, proprietario.

Emerge con tutta evidenza che si è ben lontani dalla figura tipica della società di diritto civile, intesa come soggetto giuridico titolare di impresa: ciò, sia per la specifica composizione dell'assetto proprietario, sia per la particolare connotazione dello scopo che tale persona giuridica deve perseguire che è di tipo non speculativo, in considerazione non solo della portata della norma di cui all'art. 113, ma anche dell'abbandono definitivo da parte dell'ordinamento della concezione dello Stato-imprenditore.

Ne discende che, per esigenze di coerenza con la tendenza evolutiva del sistema, la società in house providing, per natura giuridica e finalità operative, finisce per non discostarsi dal vecchio modello dell'azienda municipalizzata, sussistendo in entrambi i casi un rapporto di quasi sovrapposizione con l'ente pubblico titolare del servizio rispetto al quale i due modelli di gestione si pongono come mero braccio operativo; le differenze riscontrabili attengono alla diversa configurazione strutturale – nel senso che la società in house providing viene concepita a livello organizzativo sulla falsariga di un modello societario proprio – ed alla particolare connotazione dei rapporti intersoggettivi improntati ad una maggiore autonomia rispetto a quanto avviene nel rapporto tra ente titolare del servizio ed azienda municipalizzata.

In questa logica, proprio per garantire l'osservanza e la coerenza con i principi comunitari, il rapporto tra ente titolare e società di gestione non potrà essere concepito come di tipo intersoggettivo puro e quindi in termini di netta alterità tra i due soggetti, così riducendo il controllo analogo sui propri servizi ad una partecipazione in realtà solo formale alle attività sociali; una siffatta articolazione organizzativa e strutturale della società in house providing, oltre ad eludere la regola generale dell'affidamento ad un soggetto terzo mediante gara pubblica, finirebbe anche per non attribuire all'ente titolare il necessario potere di ingerenza e di effettivo condizionamento circa le attività di organizzazione ed erogazione del servizio.

In questo senso, una lettura conforme ai principi nazionali e comunitari non può non inquadrare la società a capitale interamente pubblico come una longa manus dell'ente, una sua derivazione operativa, formalmente strutturata come società, ma sostanzialmente in tutto e per tutto dipendente dai soggetti pubblici proprietari del capitale.

E chiaro che in tal modo il problema di verificare l'esistenza del controllo analogo non potrà essere risolto in termini astratti, dovendosi verificare caso per caso, l'esistenza di una quasi immedesimazione tra società ed ente pubblico proprietario.

In linea di principio, comunque, l'indagine dovrà tenere conto sia della specifica articolazione organizzativa e gestionale della società, sia della disciplina dei rapporti tra gli enti proprietari.

Nel caso di specie occorre, quindi verificare se, alla luce dei principi esposti, tra il Comune di Meta di Sorrento e la società Penisola verde s.p.a. esista il richiamato requisito.

Al riguardo, deve convenirsi con le contestazioni di parte ricorrente che ritiene del tutto insoddisfacente e comunque inadeguata ai fini dell'esistenza del controllo analogo, la configurazione dei rapporti tra gli enti proprietari in ragione dell'assetto degli organi societari.

Ora, mentre la costituzione, il funzionamento e le competenze degli organi societari sono espressamente disciplinati dallo statuto, la convenzione stipulata tra gli enti proprietari con cui è stata costituita l'assemblea dei Sindaci individua questa come luogo in cui contemperare le varie esigenze di controllo sulla società.

Dubita il Collegio che l'Assemblea dei Sindaci così come configurata possa efficacemente assolvere alla funzione di controllo per cui è stata espressamente costituita: infatti, l'art. 5 che ne individua le competenze con un'elencazione da ritenersi tassativa, non include tra queste le attività di ordinaria amministrazione: ora, anche a voler ritenere che il meccanismo dell'assenso preventivo a voto unanime – tale essendo la previsione dell'art. 4, penultimo comma della convenzione - per tutte le competenze dell'Assemblea, seppur attraverso l'apposizione di una sorta di veto su attività che si configurano del resto come meramente propositive e non anche decisionali, possa consentire a ciascun ente proprietario, anche di minoranza, di influenzare l'attività della società, tuttavia la mancata previsione di un simile potere anche per i compiti di ordinaria amministrazione non consente di ritenere sussistente il necessario requisito del controllo analogo, controllo che deve essere pieno e non anche limitato a specifiche e tassative competenze.

Del resto, il potere di incidenza da parte dei due Comuni non di maggioranza, ossia Meta e Piano di Sorrento, resta limitato a tale unica forma di intervento, atteso che non esiste alcun organo societario che consenta loro di interagire direttamente ed in maniera decisiva con i centri decisionali della Penisola Verde s.p.a.; deve inoltre rilevarsi come l'Assemblea dei Sindaci operi in realtà in un momento anteriore rispetto alla concreta attività decisionale e soprattutto come organo esterno alla società stessa, senza poter interagire con quelle che poi saranno le decisioni finali rimesse alla sola valutazione degli organi societari.

L'attenzione deve quindi essere più opportunamente spostata sulla struttura societaria quale emergente dallo statuto, onde verificare se in base a tale atto il Comune resistente disponga effettivamente di un efficace potere di controllo sul servizio oggetto di affidamento.

In tal senso, seppure l'art. 6.9 dello statuto preveda in capo all'ente socio un generale potere di effettuare dei controlli sull'andamento della gestione del servizio limitatamente al proprio territorio, è altrettanto vero che la composizione ed il funzionamento degli organi societari non ne consentono in alcun modo il concreto esercizio.

Oltre alla composizione dell'assemblea ordinaria la validità del cui quorum strutturale e funzionale in fase di prima convocazione limitata al 60% del capitale sociale non consente all'ente locale resistente, titolare di quote azionarie solo nella misura del 24%, di poter in alcun modo incidere sulle decisioni da assumere, è proprio la struttura del Consiglio di Amministrazione, ossia il cuore dell'assetto organizzativo societario, a risultare inidoneo sotto il profilo dell'esistenza del requisito del controllo analogo: infatti, l'art. 19, nell'attuale assetto societario che vede nel Comune di Sorrento il socio di maggioranza relativa con il 52% del capitale, consente a quest'ultimo la nomina di tre dei cinque consiglieri costituenti l'organo, residuando in capo ai due Comuni di minoranza la scelta di un componente ciascuno: tenuto conto che ai sensi dell'art. 21, lettera C), primo comma dello statuto il Consiglio è validamente costituito con la maggioranza degli amministratori in carica, ossia tre, e che le deliberazioni si assumono validamente a maggioranza assoluta degli intervenuti, ne consegue che il Comune di Sorrento può gestire in quasi totale autonomia tutta l'attività di ordinaria amministrazione della società senza che i due Comuni di minoranza possano in alcun modo efficacemente interloquire.

Inoltre, ancora ai fini della verifica dell'equilibrio interno nei rapporti tra gli enti soci e, di conseguenza, della sussistenza di un effettivo potere di controllo, gli artt. 19.3 e 19.4 riservano la nomina del Presidente del C.d.A e dell'Amministratore Delegato ai soli membri nominati dal Comune socio di maggioranza, soggetti cui è tra l'altro affidata la Presidenza dell'Assemblea della società ai sensi dell'art. 16 e che possono essere revocati solo dal Comune di provenienza; inoltre, andando a verificare le specifiche competenze che lo statuto, agli artt. 22,23 e 24, riconosce al C.d.A, al suo Presidente ed all'Amministratore delegato, emerge un quadro complessivo in cui la gestione dell'intera attività, sia sotto il profilo organizzativo che gestionale, resta rimessa completamente nelle mani del solo Comune di Sorrento.

Nè tale posizione assolutamente dominante risulta in qualche modo scalfita dalla riserva operata all'art 22 dello statuto in cui, con una petizione di principio, ci si limita ad affermare l'esigenza di garantire il controllo analogo, senza che poi a tale affermazione seguano previsioni volte ad assicurarlo concretamente, se non attraverso la costituzione dell'Assemblea dei Sindaci che, come visto, si rivela a tal fine del tutto inadeguata.

Deve conclusivamente ritenersi che, attesa l'inidoneità dell'Assemblea dei Sindaci a garantire il requisito del controllo analogo da parte dei Comuni di minoranza - in considerazione della collocazione esterna di tale organo rispetto alla struttura societaria e delle sue circoscritte competenze, per di più ridotte ad un preventivo potere di veto su attività meramente propositive - rispetto alla configurazione strutturale ed operativa degli organi societari nessuna capacità di efficace ingerenza gestionale e di programmazione è riconosciuta agli enti comunali di minoranza, venendo invece assicurata al Comune di maggioranza relativa una incontrastata posizione dominante.

In presenza di più enti proprietari di una società in house providing, ipotesi del resto espressamente contemplata dalla legge, occorre invece ricercare un equilibrio che direttamente nella composizione e nel funzionamento degli organi societari possa consentire anche ai Comuni di minoranza di poter efficacemente gestire il servizio e ciò sia attraverso un'attività di vero e proprio controllo - intesa come verifica periodica dell'andamento della gestione - sia mediante la previsione di efficaci poteri decisionali tesi ad assicurare il regolare svolgimento del servizio pubblico locale di cui i predetti enti proprietari restano sempre i titolari e come tali responsabili.

In conclusione, assorbita ogni altra censura, il ricorso deve essere accolto limitatamente ai motivi aggiunti proposti avverso la deliberazione consiliare del Comune di Meta di Sorrento n. 14 del 3.3.2006 avente ad oggetto l'approvazione della convenzione tra i Comuni soci della Penisola Verde s.p.a. e del relativo contratto di servizio.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Prima Sezione

Dichiara l'inammissibilità del ricorso introduttivo;

Accoglie il ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla la deliberazione del Consiglio Comunale di Meta di Sorrento n. 14 del 3.3.2006;

Spese compensate;

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nelle Camere di Consiglio del 21.6.2006 e del 28.7.2006 dai Magistrati

Fabio Donarone	Presidente
Paolo Corciulo	Primo Referendario, estensore
Francesco Guarracino	Referendario
Il Presidente	L'Estensore

Depositata in segreteria
il 13 settembre 2006

TAR Piemonte, Sez. II, Sentenza n. 4164 del 13/11/2006

1. Servizi pubblici locali - società in house - partecipazione del 2,5% - esiguo numero di amministratori nominati nel cda - generico potere di indirizzo e controllo dei servizi svolti - controllo analogo inconfigurabilità.

2. Servizi pubblici locali - società in house - partecipazione plurima - controllo analogo - va riferito al complesso della società

3. Servizi pubblici locali - società in house - controllo analogo - esercitato per il tramite di consorzio - mera partecipazione al capitale - può indebolire il controllo analogo.

1. Non sussiste il "controllo analogo" laddove la partecipazione al capitale sociale al 2,5% appare davvero esigua; il numero di amministratori nominati, pari a due su nove, è inidoneo certamente ad influenzare le scelte del consiglio di amministrazione medesimo; la successiva convenzione sottoscritta tra le parti non mostra particolari elementi idonei a dimostrare la sussistenza del controllo analogo stringente richiesto, essendovi soltanto un generico potere di indirizzo e controllo dei servizi svolti dalla società in questione ma non dei poteri di vigilanza e controllo sulle modalità di gestione dell'intera società.

2. Il controllo analogo inteso nel senso sopra specificato non può essere frantumato in tanti parametri proporzionati alla percentuale di partecipazione ma deve essere verificato in ordine all'intero capitale sociale ed agli obiettivi generali della società partecipata, non potendosi ritenere - proprio in caso di partecipazione sociale suddivisa tra vari soci con partecipazioni percentuali non prevalenti - che possano sussistere tanti "controlli analoghi" quanti sono i soci in relazione alla partecipazione al capitale sociale limitata alla propria "quota" di interesse, nel caso di specie rapportata al bacino d'utenza di riferimento dei comuni consorziati. Il "controllo analogo" cui fa riferimento la giurisprudenza comunitaria o sussiste su tutta l'attività sociale o non sussiste, non potendosi ritenere che esso si presenti in una multiforme applicazione in relazione alla partecipazione percentuale dei singoli soci.

3. La gestione di propri servizi per mezzo di società "holding" - cui è assimilabile la fattispecie in esame relativa al rapporto tra Consorzio e "suoi" comuni - può indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice sulla società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte - 2^a Sezione
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 379/2006 proposto da S.E.A. - SOLUZIONI ECOLOGICHE AMBIENTALI S.r.l., con sede in Torino, via Livorno n. 60, in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione in carica Marco Origiasso, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mariateresa Quaranta e Alfredo Lanfredi ed elettivamente domiciliata in Torino, via Torricelli n. 12, presso lo studio della prima,

contro

il Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente di Cirié, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Domenico Prato e Alessandro Angelini ed elettivamente domiciliata in Torino, corso Vittorio Emanuele II n. 82, presso lo studio dei medesimi,

e nei confronti

della SETA - Società Ecologica Territorio Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Santilli e Francesca Dealessi ed elettivamente domiciliata in Torino, via Sacchi n. 44, presso lo studio dei medesimi,

per l'annullamento, previa sospensiva,

- a) della deliberazione del Consiglio di amministrazione del 15.2.2006, n. 23, con cui il Consorzio Intercomunale di servizi per l'ambiente di Cirié (d'ora in poi - per brevità - "Consorzio") ha deliberato di affidare in house, ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 267/2000, alla SETA S.p.A. i servizi di raccolta, trasporto ed igiene urbana dei Comuni di Cafasse, Fiano, Givoletto, Grosso, La Cassa, Mathi, Nole, Robassomero, Rocca Canavese, San Carlo Canavese, Val della Torre, Varisella, Vauda e Villanova, nonché di rinviare a successivo provvedimento l'approvazione del contratto di servizio espressamente previsto nella "Convenzione per l'affidamento a SETA S.p.A. dei servizi di gestione dei rifiuti urbani e di nettezza urbana relativi a Comuni aderenti al Consorzio CISA";
- b) della deliberazione del Consiglio di Amministrazione del 15.2.2006, n. 22, con cui il Consorzio ha deliberato di revocare il proprio atto n. 2 dell'11.1.2006, con cui aveva deciso di affidare con gara i servizi di cui sopra nei Comuni di San Carlo Canavese, Val della Torre e Givoletto;
- c) per quanto possa occorrere, della deliberazione dell'Assemblea Consorziale n. 3 del 1.2.2006, con cui il Consorzio ha deliberato di richiedere alla SETA S.p.A. la riformulazione della proposta tecnico-economica concernente l'affidamento in house dei servizi di igiene urbana dei comuni detti in premessa con un ribasso sui prezzi di capitolato allegato al progetto di gestione di almeno il 5% e, in caso di riformulazione della proposta in questo senso, ha deliberato che avrebbe affidato in house alla SETA S.p.A. i servizi in questione;
- d) sempre per quanto possa occorrere, del protocollo di intesa in data 16.6.2005, con cui il Consorzio e la SETA S.p.A. hanno definito i termini di partecipazione del primo alla seconda;
- e) di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso o consequenziale.

Visto il ricorso e la relativa documentazione.

Viste la memoria di costituzione e risposta del Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente di Cirié e la relativa documentazione.

Vista la memoria costitutiva della SETA S.p.A. e la relativa documentazione.

Viste le memorie depositate dalle parti.

Visti gli atti tutti della causa e le relative produzioni documentali.

Relatore all'udienza del 12 luglio 2006 il Referendario Ivo Correale.

Uditi gli avv.ti M. Quaranta per la società ricorrente, D. Prato e A.

Angelini per il Consorzio resistente e G. Santilli per la SETA S.p.A..

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente di Cirié, consorzio obbligatorio costituito ai sensi dell'art. 31 d.lgs. n. 267/2000 di cui fanno parte 38 comuni piemontesi, approssimandosi - alla fine di marzo 2006, di maggio 2006 e di luglio 2006 - la scadenza contrattuale del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati ed igiene urbana per alcuni comuni ad esso facenti capo, svolto dalla S.E.A. - Soluzioni Ecologiche Ambientali S.r.l., deliberava in data 11 gennaio 2006 di approvare il progetto di dettaglio, il capitolato speciale d'appalto e il relativo bando di gara nei comuni di San Carlo Canavese, Val della Torre e Givoletto che, unitamente al Comune di Vauda, avevano manifestato la loro intenzione di affidare il servizio in questione mediante procedura ad evidenza pubblica, non ritenendo di concordare con la proposta rappresentata dal Consorzio medesimo di affidamento diretto alla SETA S.p.A., società a capitale interamente pubblico, inviata ai 14 comuni interessati in data 29 dicembre 2005.

Il medesimo Consorzio, comunque, inviava alla SETA S.p.A., in date 5 gennaio 2006 e 30 gennaio 2006, la documentazione progettuale ed uno schema di capitolato d'appalto ai fini dell'affidamento "in house" del servizio in scadenza per i restanti comuni e la SETA S.p.A., in data 31 gennaio 2006, faceva pervenire al Consorzio la relativa proposta tecnico-economica.

L'Assemblea consorziale, con deliberazione n. 3 in data 1 febbraio 2006, stabiliva di invitare il Presidente del Consiglio di Amministrazione del Consorzio a richiedere alla SETA S.p.A. la riformulazione della proposta economica concernente l'affidamento "in house" dei servizi di igiene urbana dei comuni detti in premessa che prevedesse un ribasso sui prezzi di capitolato, allegato al progetto di gestione, di almeno il 5%, aggiungendo che, ove fosse stata riformulata l'offerta nel senso predetto, l'affidamento in house avrebbe avuto luogo, mentre, in caso contrario, sarebbe stata bandita una gara ad evidenza pubblica.

La SETA S.p.A., preso atto, con nota dell'8 febbraio 2006, confermava la propria proposta economica per un costo pari al 5% in meno rispetto all'ammontare complessivo indicato nel capitolato e nella documentazione allegata, ferma restando l'offerta per i servizi aggiuntivi.

Il Consiglio di Amministrazione del Consorzio stabiliva:

- a) con la deliberazione n. 22 del 15 febbraio 2006, di revocare il proprio atto n. 2 dell'11 gennaio 2006 ad oggetto: "Servizio di raccolta e trasporto R.S.U., assimilati, R.D. e N.U. nei Comuni di San Carlo C.se, Val della Torre e Givoletto. Approvazione progetto di dettaglio, C.S.A. e Banda di Gara";
- b) con la deliberazione n. 23 in pari data, di affidare "in house", ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 267/2000, alla SETA S.p.A., con sede in Settimo Torinese, via Verga n. 40, i servizi di raccolta, trasporto e igiene urbana, con diversa decorrenza, dei comuni di Cafasse, Fiano, Givoletto, Grosso, La Cassa, Mathi, Nole, Robassomero, Rocca Canavese, San Carlo Canavese, Val della Torre, Vauda Canavese e Villanova, alle condizioni di cui alle offerte economiche con allegate proposte innovative e migliorative di SETA S.p.A. del 31.1.2006 e dell'8.2.2006, di rinviare a successivo provvedimento l'affidamento "in house" del relativo servizio nel comune di Varisella, a decorrere dal 1° giugno 2007, alle stesse condizioni di cui alle offerte di SETA S.p.A. suddette, per le motivazioni indicate in narrativa. Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 30 marzo 2006, la S.E.A. - Soluzioni Ecologiche Ambientali S.r.l. chiedeva, previa sospensione, l'annullamento di tali deliberazioni, nonché della presupposta deliberazione dell'Assemblea consortile del 1 febbraio 2006 e del protocollo d'intesa del 16 giugno 2005 con la quale il Consorzio e la SETA S.p.A. avevano definito i termini di partecipazione del primo alla seconda, lamentando:

I. Violazione di legge, con riferimento all'art. 113, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 267/2000, nonché agli articoli 43, 49 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità Europea. La società ricorrente ricostruiva preliminarmente il quadro normativo in materia di affidamento diretto di servizi pubblici, richiamando, in primo luogo, gli artt. 43, 49, primo comma, e 86, primo comma, del Trattato CE, che vietano, rispettivamente, le restrizioni alla libertà di stabilimento, le restrizioni alla libera prestazione di servizi e l'adozione di misure contrarie alle norme del Trattato medesimo in favore di imprese pubbliche o a cui sono riconosciuti diritti speciali o esclusivi. Ne conseguiva, secondo la S.E.A. S.r.l., che l'obbligo di scegliere con gara gli affidatari di servizi pubblici deriva in via diretta già dall'applicazione delle norme del Trattato, come più volte ribadito anche dalla giurisprudenza amministrativa, e che l'affidamento diretto costituisce un'eccezione nell'attuale quadro normativo comunitario. La normativa nazionale di riferimento, a sua volta, è costituita dall'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 l. n. 326/2003, laddove, alla lettera c), è specificato che l'erogazione del servizio, oltre alle ipotesi di cui alle lettere a) e b), può essere conferita a "... società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

Osservava la società ricorrente che tale norma, nella sua attuale formulazione, rispetta le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, confermata anche successivamente all'entrata in vigore della norma, come riportata in sintesi.

Da essa si ricava che l'ampliamento dell'oggetto sociale, l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali, l'espansione territoriale della società ed i considerevoli poteri del relativo Consiglio di Amministra-

zione costituiscono indici che escludono la presenza del "controllo analogo" richiesto dalla norma in questione. Così pure il Consiglio di Stato ha richiamato tali principi, specificando che il "controllo analogo" corrisponde ad un vero rapporto di subordinazione gerarchica, con controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico su quello societario, il quale, a sua volta, è istituzionalmente destinato in modo assorbente ad operare in favore del primo, secondo anche quanto desumibile nell'atto costitutivo e nello statuto della società interamente partecipata.

Nel caso di specie, la società ricorrente non rinveniva il rispetto dei presupposti fondamentali indicati nell'art. 113, comma 5, lett. c), d.lgs. cit. perché il Consorzio affidatario del servizio non esercita un controllo analogo a quello che eserciterebbe sui propri servizi e la SETA S.p.A. non svolge la parte più rilevante della propria attività in favore del Consorzio medesimo.

Quest'ultimo, secondo il protocollo d'intesa sottoscritto tra le parti il 18 luglio 2005, sarebbe titolare di una partecipazione limitata al 10% del capitale sociale. Inoltre, da una visura effettuata presso la camera di Commercio di Torino, non risultava alcuna attuale partecipazione in SETA S.p.A. da parte del Consorzio, se non limitata al 2,5% del capitale sociale.

Secondo il protocollo d'intesa tra le parti, poi, il Consorzio avrebbe diritto solo di segnalare - e non nominare - due membri del Consiglio di Amministrazione, su un totale di nove.

Il Consorzio, inoltre, viene consultato per alcune problematiche gestionali specifiche, in relazione al bacino di utenza, ma non detiene alcun potere decisivo relativamente ad esse né in ordine all'approvazione del bilancio di esercizio o alla modifica di schemi-tipo di contratti di servizio o dello statuto sociale.

In secondo luogo, la società ricorrente rilevava che anche il requisito della prevalenza dell'attività svolta in favore dell'ente controllante era assente.

L'oggetto sociale della SETA S.p.A. è molto ampio, comprendendo varie attività ai fini del conseguimento, anche indiretto, degli scopi sociali; in più, il fatturato annuale che la medesima società ricaverà per i servizi resi al Consorzio si attesta intorno alla cifra di euro 1.632.875,00, laddove le entrate riguardanti i servizi resi al di fuori dell'ambito territoriale consortile, nel 2004, ammontavano a euro 25.956.805, di cui 19.247.887 per servizi di igiene ambientale.

Il fatturato per i servizi resi all'interno del Consorzio ammonta, quindi, a circa il 7-8% di quello complessivo e la società ricorrente evidenziava anche che la SETA S.p.A. partecipa a numerose gare d'appalto per servizi di raccolta e trasporto di rifiuti in comuni non compresi nella Regione Piemonte, concorrendo con altri operatori privati, differenziando, così, la sua attività rispetto a quella che interessa il Consorzio affidatario. Si costituiva in giudizio il Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente di Cirié, rilevando, preliminarmente, la carenza di interesse in capo alla società ricorrente, in quanto l'art. 113, comma 6, d.lgs. 267/2000 preclude l'ammissione alle gare di cui al comma precedente - cui la S.E.A. S.r.l. ambirebbe a partecipare ove fosse bandita - alle società che in Italia o all'estero gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura ad evidenza pubblica o a seguito dei relativi rinnovi.

Al Consorzio risultava che la società ricorrente gestiva nel Comune di Varisella il servizio in questione in virtù della cessione di un ramo d'azienda e, nei comuni di Fiano, Givoletto, La Cassa, Val della Torre e Robassomero, in virtù di affidamento diretto.

Di conseguenza, in assenza della dimostrazione contraria, il Consorzio rilevava l'assoluta carenza di interesse della S.E.A. S.r.l. al presente gravame.

Nel merito, il Consorzio contestava comunque la fondatezza del ricorso, confutando dettagliatamente le tesi della società ricorrente e tendendo a dimostrare la sussistenza dei principi del "controllo analogo" e della "attività più rilevante" necessari per legittimare un affidamento "in house".

Si costituiva in giudizio anche la SETA S.p.A., rilevando preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per tardiva impugnazione del protocollo d'intesa a suo tempo stipulato con il Consorzio, costituendo questo il provvedimento concretamente idoneo a sottrarre al mercato di riferimento la possibilità di accesso alla contrattazione con l'amministrazione che ha optato per la gestione diretta del servizio.

Anche la società controinteressata rilevava, poi, l'infondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 12 aprile 2006, fissata per la trattazione della domanda cautelare, la società ricorrente chiedeva di esaminare quest'ultima congiuntamente alla trattazione del merito.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

In data 18 luglio 2006 è stato pubblicato il dispositivo n. 29 della presente sentenza.

DIRITTO

Il Collegio deve esaminare preliminarmente le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dal Consorzio resistente e dalla società controinteressata.

Il primo rileva la carenza di interesse alla proposizione del presente gravame da parte della S.E.A. S.r.l., che non potrebbe avere alcuna ambizione di partecipazione ad una eventuale procedura ad evidenza pubblica da effettuarsi in seguito all'annullamento dell'affidamento "in house" come disposto, in quanto escludibile in base alla previsione dell'art. 113, comma 6, d.lgs. n. 267/2000, poiché essa già gestisce un affidamento diretto del medesimo servizio in alcuni comuni piemontesi, in virtù di diverse modalità.

Sul punto, la società ricorrente ha replicato - con osservazioni che il Collegio ritiene pienamente condivisibili - richiamando la vigenza del regime transitorio previsto dall'art. 113, comma 15-quater, d.lgs. cit., come aggiunto dall'art. 4, comma 234, l. 24 dicembre 2003, n. 350.

In effetti, il Collegio rileva che tale norma ha specificamente previsto che solo "A decorrere dal 1 gennaio 2007 si applica il divieto di cui al comma 6, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa".

Tale disposizione transitoria, nel suo impianto, è stata ritenuta imprescindibile anche dalla Corte Costituzionale, la quale con la sentenza 1 febbraio 2006, n. 29, nel dichiarare l'illegittimità di una norma di una legge regionale abruzzese, ha evidenziato la ragionevolezza della disciplina transitoria nazionale di cui al richiamato art. 113, comma 15-quater, d.lgs. cit., per consentire un complessivo riequilibrio e un progressivo adeguamento del mercato di riferimento, anche ai fini di assicurare lo sviluppo di una effettiva capacità concorrenziale (v. Cons. Stato, sez. V., 28.9.2005, n. 5196).

Chiarito ciò, quindi, il Collegio ritiene infondata l'eccezione in questione, in quanto il divieto legislativo richiamato dal Consorzio resistente non è operativo alla data di proposizione del presente ricorso e tale osservazione è sufficiente per ritenere l'interesse della S.E.A. S.r.l. all'accoglimento del gravame, in qualità di impresa del settore potenzialmente idonea a partecipare a gare ad evidenza pubblica da bandirsi per i relativi servizi in scadenza in periodo anteriore al 1 gennaio 2007, anche prescindendo, quindi, delle modalità concrete con cui la stessa gestisce i servizi presso i comuni piemontesi richiamati, comunque precisate dalla società ricorrente come non riconducibili ad affidamento diretto. Infondata è anche l'eccezione proposta dalla SETA S.p.A. in ordine all'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione nei termini di legge della delibera consorziale n. 24 del 16 giugno 2005 con la quale l'assemblea aveva deliberato di confermare la volontà di aderire a SETA S.p.A., conferendo al Presidente il potere di dare corso a tutti gli atti previsti dall'art. 3 del protocollo di intesa sottoscritto tra le parti.

Come condivisibilmente osservato dalla società ricorrente, però, tale delibera societaria appare meramente confermativa di quanto già contenuto nel protocollo di intesa tra le parti, limitandosi a conferire al Presidente meri poteri di attuazione.

Tale protocollo risulta pure impugnato nella presente sede e la società ricorrente ha dimostrato di averne avuto conoscenza solo in seguito all'evasione di una richiesta di accesso, nel marzo 2006.

In virtù dei principi generali del processo amministrativo, quindi, è onere di chi propone l'eccezione di tardività dimostrare in giudizio la data di effettiva conoscenza del provvedimento impugnato da parte del ricorrente. In assenza di tale dimostrazione, perciò la relativa eccezione deve ritenersi infondata.

Passando all'esame del merito del ricorso, il Collegio ne rileva la fondatezza secondo quanto di seguito specificato. Sostiene la società ricorrente, con l'unico, articolato, motivo di ricorso, sviluppato ulteriormente nella successiva memoria, che il Consorzio resistente non poteva affidare "in house" il servizio in questione, non sussistendone i presupposti di cui alla normativa nazionale applicabile, che si è conformata all'interpretazione comunitaria in argomento.

In effetti, al caso di specie, è incontestato che sia applicabile la norma di cui all'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000, nel testo attualmente in vigore in virtù delle modifiche e integrazioni di cui all'art. 14, comma 1, d.l. 30 settembre 2003, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326. Tale norma prevede che l'erogazione del servizio pubblico locale di rilevanza economica - come si configura quello in esame - avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio "... c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

Il richiamo, contenuto nella medesima norma, al "rispetto della normativa dell'Unione europea" impone di

esaminare come essa sia stata interpretata dalla relativa giurisprudenza, secondo quanto richiamato dalla medesima società ricorrente.

Ebbene, di sicuro, deve richiamarsi la disciplina di cui agli artt. 43, 49, paragrafo 1, e 86, paragrafo 1, del Trattato CE, che impongono, rispettivamente, il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento, alla libera prestazione di servizi e il divieto di emanare e mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e di quelle cui si riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle norme del Trattato.

In sostanza, quest'ultimo si è preoccupato di evitare squilibri nella concorrenza e norme di favore per particolari categorie di imprese idonee a distorcere il libero mercato - anche nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - coincidenti con l'affidamento diretto senza procedura di evidenza pubblica la quale costituisce, pur sempre, la regola generale cui ogni Stato membro deve attenersi (su tale principio generale, da ultimo, v. TAR Lazio, sez. I, 1.9.2006, n. 7375).

Ebbene, la Corte di giustizia, investita di questioni pregiudiziali in argomento, ha progressivamente specificato i criteri per i quali è considerato legittimo e conforme all'ordinamento comunitario l'affidamento diretto di servizi pubblici, anche locali.

Con una prima pronuncia (sentenza 18.11.2000, in causa C-107/98, Teckal), la Corte ha introdotto il principio - poi ripreso dal legislatore nazionale proprio con l'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000 invocato nel presente giudizio - secondo il quale i tratti qualificanti del c.d. "affidamento in house", qualificabile nell'ordinamento interno, sia pure con qualche oscillazione interpretativa, in riferimento all'istituto della "delega interorganica", sono enucleabili:

- 1) quando tra l'ente pubblico conferente e il soggetto giuridico destinatario dell'affidamento intercorre un "controllo analogo" a quello esercitato dall'ente direttamente sui propri servizi;
- 2) quando l'affidataria realizza la parte più importante della propria attività solo con il suddetto ente.

In tal caso, emerge l'impossibilità di attribuire alla persona giuridica affidataria la qualità di "terzo" (in tal senso, si richiama anche la sentenza 7.12.2000, in causa C-324/98, Teleaustria).

Tali conclusioni sviluppavano quanto già accennato dalla medesima Corte di Giustizia negli anni immediatamente precedenti (v. sentenza 10.11.1998, in causa C-360/96, Arnhem e sentenza 9.9.1999, in causa C-108-98, RI.SAN), secondo cui il rapporto di terzietà è da escludere in presenza di un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato da parte dell'ente controllante-affidatario, corrispondente, in sostanza, alla relazione di subordinazione gerarchica conosciuta in molti ordinamenti, tra cui quello italiano.

Tale principio generale, qualificato anche come di "influenza dominante" trovava delle difficoltà applicative nell'ipotesi di società "mista", a capitale pubblico-privato, per cui la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi anche in relazione a tale fattispecie.

Con la sentenza 11.1.2005, in causa C-26/03, Stadt-Halle, la Corte ha sostanzialmente reinterpretato il principio del "controllo analogo", generalmente applicabile, anche in relazione a tale peculiare situazione.

In tale occasione, la Corte ha ribadito il principio generale per cui sussiste sempre l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici - o enti ad esse equiparate - di applicare le regole comunitarie che prevedono l'attribuzione di appalti e/o servizi mediante procedura ad evidenza pubblica, costituendo qualsiasi deroga ad esse come mera eccezione, da interpretarsi il più possibile restrittivamente.

Ferma tale precisazione, la Corte, pur richiamando che in linea di principio l'autorità pubblica adempie ai propri compiti istituzionali mediante propri strumenti diretti, senza obbligo di ricorrere ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, ha precisato che non è esclusa la circostanza per la quale tale autorità possa anche fare ricorso a soggetti esterni al suo apparato amministrativo. In tale ipotesi, però, deve sussistere il doppio presupposto del "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi e dello "svolgimento della parte più rilevante dell'attività" dell'affidatario con l'autorità medesima, di cui alla sentenza "Teckal" sopra richiamata.

La peculiarità della fattispecie era data dalla circostanza che mentre in tale ultima sentenza si era valutata l'ipotesi di partecipazione interamente pubblica, nel caso della sentenza "Stadt-Halle" si esaminava un'ipotesi di società "mista".

Ebbene, la Corte ha precisato che, in tal caso, la partecipazione - anche minoritaria - dell'autorità pubblica all'impresa conferitaria esclude in ogni caso che tale autorità possa esercitare su quella impresa un "controllo analogo" a quello che essa esercita sui propri servizi, per la principale ragione che qualunque investimento privato, anche minoritario, privilegia considerazioni legate a interessi privati senza necessariamente perseguire interessi pubblici, cui invece deve sempre essere conformata la pubblica autorità.

In sostanza, il c.d. "controllo analogo" - richiamato esplicitamente, come detto, dall'art. 113, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 267/2000 applicabile al caso di specie - è collegato inscindibilmente al perseguimento degli interessi pubblici.

Sotto tale profilo, ritiene il Collegio che l'affidamento "in house" non possa che essere riconosciuto, allo stato attuale dell'interpretazione comunitaria, a società a capitale interamente pubblico, purché vengano rispettati i criteri di cui alla ricordata sentenza "Teckal".

Premesso ciò, rilevando che le parti in giudizio non negano che la SETA S.p.A. sia società a capitale interamente pubblico, deve esaminarsi se la Corte di giustizia ha offerto la sua interpretazione anche relativamente a tale fattispecie.

Ebbene, con la sentenza 13.10.2005, in causa C-458/03, Parking Brixen, la Corte si è pronunciata proprio relativamente ad un caso relativo a società a capitale interamente pubblico e detenuto dall'ente affidatario, in relazione ad una fattispecie qualificata dalla Corte stessa, però, come di "concessione di pubblico servizio". Richiamando l'applicazione dei principi fondamentali del Trattato CE, di cui agli artt. 43 e 49, sempre prevalenti pur in esclusione dell'applicazione della direttiva 92/50/CE relativa ad appalti di pubblici servizi, la Corte ha ribadito che anche nell'ipotesi di concessione di pubblici servizi ad ente non indipendente dall'autorità affidataria devono applicarsi i principi relativi al richiamato "controllo analogo" e alla "prevalenza dell'attività", confermando, con tale precisazione, che questi due presupposti sono ormai cardini fondamentali ai fini della valutabilità della aderenza all'ordinamento comunitario - ed a quello nazionale ad esso conformato - di tutte le ipotesi di affidamento diretto, anche se a società a capitale interamente pubblico.

In particolare, la Corte ha precisato che le due condizioni ("controllo analogo" e "prevalenza") devono essere "... oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene. Occorre esaminare, innanzitutto, se l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Tale valutazione deve tenere conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti ...". La Corte di giustizia è di recente tornata sui medesimi principi proprio in relazione ad un caso assimilabile a quello in esame, in riferimento all'interpretazione dell'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000 nel testo attualmente in vigore in seguito alla novella di cui al d.l. n. 267/03, conv. in l. n. 326/03 cit. ed alla circostanza per cui la pubblica gara era stata prima bandita e poi revocata, con affidamento diretto del servizio pubblico locale di trasporto a società a capitale interamente pubblico (sentenza 6.4.2006, in causa C-410/04, AMTAB). Ebbene la Corte, ribadendo nuovamente l'applicabilità generale dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, di cui agli artt. 43, 49 e 86 del trattato CE, ha specificato che tali principi non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, "... a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene".

In sostanza, i requisiti del "controllo analogo" e della "rilevante attività" devono sempre essere accertati se si vuole affidare direttamente a società, miste o a capitale interamente pubblico, un appalto o una concessione di pubblico servizio, anche locale se a rilevanza economica (a conferma, si richiama anche la sentenza della Corte di Giustizia, 11.5.2006, in causa C-340/04, Carbotermo).

Che tali conclusioni siano eccessivamente penalizzanti per lo sviluppo dell'istituto dell'affidamento "in house", come paventato da alcuni commenti dottrinari, è circostanza che non può rilevare nella presente sede, ove si deve tenere conto dello stato attuale della legislazione nazionale e comunitaria e dei principi ad essa correlati. Precisando, quindi, che deve verificarsi, nel caso di specie, la eventuale sussistenza dei due requisiti sopra richiamati, per giustificare l'affidamento diretto come disposto in favore della SETA S.p.A., alla luce dell'art. 113, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 265/2000 che esplicitamente li richiama, in relazione agli artt. 43, 49, paragrafo 1, e 86, paragrafo 1, del Trattato CE, il Collegio precisa quanto segue.

1. In ordine al requisito del "controllo analogo".

In ordine a tale esame è necessario partire da quanto previsto dal protocollo d'intesa stipulato tra le parti in data 18 luglio 2005 e dalla successiva convenzione del 25 ottobre 2005 per verificare se sussiste il richiamato "controllo analogo", qualificato, in sintesi, dalla medesima Corte di Giustizia come una influenza o una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni più importanti della società giuridica affidataria, tenendo conto che la circostanza della presenza di un capitale interamente pubblico non è di per sé dirimente a tali fini (sentenza "Carbotermo" cit.). Non si può fare a meno, dunque, di esaminare in concreto i rapporti sociali ed i collegamenti tra ente affidante e persona giuridica affidataria, come concorda-

no anche la società ricorrente e il Consorzio resistente.

In primo luogo, prendendo in esame lo statuto della SETA S.p.A., si rileva, all'art. 3 - Oggetto - che "La società ... ha quale oggetto l'attività di gestione dei servizi preordinati alla tutela, conservazione, valorizzazione della qualità ambientale, senza vincoli di territorialità, eccetto la città di Torino. La società può ricevere l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto degli RSU e RSA nonché i servizi di igiene urbana da Consorzi di Bacino, relativamente all'ambito territoriale di competenza, ovvero da singoli Comuni, relativamente ai servizi di igiene urbana, nel rispetto dell'art. 113, comma 5 del D.Lgs. 267/2000; la gestione del servizio di raccolta e trasporto degli RSU e RSA e/o del servizio di igiene urbana oggetto dell'affidamento è svolta secondo quanto previsto in apposita convenzione e/o contratto di servizio, anche al fine di assicurare che i soci affidanti esercitino il controllo ai sensi dell'art. 113, comma 5 lett. C del D.Lgs. 267/2000 e della L.R. Piemonte 24/2002. Essa potrà tra l'altro svolgere, a titolo puramente esplicativo e non esaustivo: la gestione dei servizi di igiene ambientale, compresa la manutenzione del verde, nel rispetto della normativa nazionale, regionale e provinciale vigente; la raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, assimilati, speciali pericolosi e non; le operazioni di nettezza urbana (quale pulizia viaria, spezzamento e lavaggio strade e altri spazi pubblici comprese le aree complementari); le operazioni di qualsiasi tipo destinate a consentire il riuso dei prodotti e il riciclo dei materiali provenienti dalla raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani e/o assimilati; lo sgombero neve; le operazioni e i servizi di valorizzazione ambientale in genere, comprese le attività di bonifica di aree compromesse, terreni e falde nonché la rimozione di discariche abusive; le attività di trasporto cose in conto terzi, nell'ambito dei propri servizi; l'attività di riscossione della tariffa di igiene ambientale ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. 22/1997 a seguito della relativa approvazione da parte dei comuni interessati. Essa potrà operare inoltre in settori integrativi, complementari e affini ...

2. La società può inoltre eseguire qualsiasi attività di carattere immobiliare, mobiliare, commerciale, industriale, finanziario, comunque connessa o complementare a quelle sopra indicate o reputata necessaria o utile per il conseguimento, anche indiretto, degli scopi sociali, con eccezione della raccolta del risparmio tra il pubblico e dell'esercizio delle attività riservate agli intermediari finanziari.

3. La società può effettuare le attività rientranti nel proprio oggetto sociale tanto direttamente quanto indirettamente, anche per conto di soggetti terzi, pubblici e privati, in regime di concessione, di appalto, nonché di affidamento ai sensi della vigente normativa in materia di servizi pubblici locali e di gestione dei relativi impianti, reti, infrastrutture e dotazioni patrimoniali, ed in qualunque altra forma o qualunque altro titolo nel rispetto delle leggi vigenti. A tali fini la società può partecipare, anche in forma associata, a qualsivoglia genere di gara o di procedura di selezione ad evidenza pubblica.

4. La società può assumere partecipazioni od interessenze in altre società o imprese, tanto italiane quanto estere, aventi oggetto analogo, affine o complementare al proprio oggetto sociale; può altresì prestare garanzie reali e/o personali per obbligazioni sia proprie che di terzi, anche a favore di enti o società controllati o collegati". Come si può rilevare, l'oggetto sociale è particolarmente ampio e non limitato esclusivamente a servizio analogo a quello affidato dal Consorzio, secondo quanto sarà in prosieguo ulteriormente approfondito. Inoltre, l'art. 9 dello Statuto prevede che il consiglio di amministrazione sia composto da un minimo di cinque ed un massimo di nove membri, nominati dall'assemblea ordinaria. Le relative deliberazioni sono assunte con il voto favorevole di almeno due terzi dei consiglieri in specifiche materie, tra cui l'approvazione del bilancio. Il collegio sindacale, poi, secondo l'art. 15, è formato da tre sindaci effettivi e da due supplenti.

Premesso ciò, il Collegio esamina il protocollo d'intesa sottoscritto il 18 luglio 2005, che pone le regole per il servizio da affidare alla SETA S.p.A., ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 267/2000. Ebbene, al punto 2 (Obiettivi), è testualmente affermato che le parti desiderano integrarsi ai fini del rispetto delle condizioni di cui all'art. 113, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 267/2000 cit., mediante un assetto che prevede: la titolarità da parte del Consorzio di una partecipazione pari a circa il 10% del capitale sociale di SETA, per un valore nominale di circa 800.000,00 euro; il diritto di designare due membri del consiglio di amministrazione; la possibilità di essere coinvolto nell'assunzione di deliberazioni relative al servizio in tema:

- a) di acquisto ed alienazione di aziende o rami d'azienda strumentale allo svolgimento del servizio nel bacino 17°;
- b) di apertura e chiusura di sedi secondarie nel territorio compreso nell'attuale bacino 17°;
- c) di modalità di erogazione del servizio sul territorio servito;
- d) di definizione del piano di investimenti di SETA attinenti ai servizi oggetto dell'affidamento.

È indicato come mero obiettivo del Consorzio quello di ottenere la nomina di un componente il collegio sindacale al momento del rinnovo dell'organo in questione.

È inoltre specificato che l'esercizio di un controllo sui servizi affidati a SETA, analogo a quello esercitato dai comuni suoi membri sui rispettivi servizi, sarà perseguito mediante la definizione del contenuto di una convenzione tipo e di contratti di servizio.

Nel definire le modalità con cui attuare il protocollo d'intesa, le parti stabilivano che in una prima fase il Consorzio avrebbe acquistato azioni per un valore nominale di euro 200.000,00 e che la gestione diretta del servizio sarebbe avvenuta soltanto mediante:

- a) la partecipazione al capitale sociale a controllo completamente pubblico dello stesso;
- b) la sussistenza dell'esercizio di un controllo analogo;
- c) la realizzazione della parte più importante del servizio con il Consorzio, con ciò ribadendo la necessità di rispettare, in teoria, i criteri generali indicati dalla legge e frutto dell'elaborazione della giurisprudenza comunitaria.

Su tale regolamentazione futura il Collegio concorda con quanto osservato dalla società ricorrente in ordine alla partecipazione sociale da parte del consorzio.

Il 10 per cento della stessa, di per sé, non appare idoneo a poter qualificare il necessario stringente controllo sulla società partecipata, tenuto conto della varietà della sua attività come descritta nel su riportato articolo dello statuto.

In più, dalla visura camerale relativa alla SETA depositata in giudizio dalla società ricorrente, risulta che, al momento dell'affidamento, il Consorzio poteva vantare solo una partecipazione effettiva del 2,5%, pari al valore nominale di 200.000 azioni, e che gli amministratori in carica sono pari al numero massimo previsto dallo statuto corrispondente a nove.

Ne consegue, in primo luogo, che la partecipazione al capitale sociale al 2,5% appare davvero esigua in relazione alla pretesa di esercitare il necessario "controllo analogo" nelle forme sopra specificate, perché bisogna tenere conto dell'effettiva partecipazione al momento dell'affidamento e non di future possibilità di ampliamento e che, ad ogni modo, anche un'eventuale partecipazione al 10% non potrebbe concretare forme di controllo stringente come richiesto dalla legge, in relazione alla vastità dell'oggetto sociale.

Inoltre, in merito, appare condivisibile anche la seconda osservazione della società ricorrente in relazione all'esiguo numero di amministratori, pari a due su nove, lasciato alla scelta del Consorzio, inidoneo certamente ad influenzare le scelte del consiglio di amministrazione medesimo; ciò vale anche per la nomina di un solo un componente su tre del collegio sindacale, nomina ancora da effettuare alla scadenza dell'attuale mandato del collegio in questione.

Non appare corretta, quindi, sul punto l'affermazione del Consorzio resistente contenuta a p. 23 della memoria di costituzione e risposta, secondo cui esso può contare su due componenti del consiglio di amministrazione "su un totale di cinque membri", laddove è stato dimostrato "per tabulas" che il consiglio di amministrazione di SETA è composto da nove membri. Inoltre, lo statuto della società affidataria prevede che al consiglio di amministrazione compete la gestione ordinaria e straordinaria della società, con i poteri più ampi per compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, escluse solo le facoltà riservate all'assemblea dei soci.

Tenuto conto, quindi, dell'ampio potere riconosciuto a detto consiglio di amministrazione e dell'ampiezza dell'oggetto sociale, come sopra riportato, non appare proprio al Collegio che nel caso di specie possa configurarsi un controllo stringente da parte del Consorzio affidante i servizi in questione. Tale circostanza appare ancora più importante laddove si debba pervenire all'approvazione del bilancio, per statuto approvato con i 2/3 degli amministratori, ove i due segnalati dal Consorzio sarebbero in netta minoranza e non potrebbero influenzare in alcun modo le scelte gestionali relative.

Sostiene poi il Consorzio resistente che gli effettivi rapporti di controllo sulla società affidataria devono desumersi dalla successiva convenzione sottoscritta tra le parti in data 28 ottobre 2005.

In tale atto, però, il Collegio non riscontra particolari elementi idonei a dimostrare la sussistenza del controllo analogo stringente richiesto. In essa vi è soltanto un generico potere, riconosciuto al Consorzio, di indirizzo e controllo dei servizi svolti dalla società in questione ma non dei poteri di vigilanza e controllo sulle modalità di gestione dell'intera società.

Oltre tutto tale previsione appare generica e non sostenuta da specifici elementi concreti su cui il Collegio possa verificare in che modo il perseguimento dell'oggetto sociale possa essere influenzato in maniera stringente dal Consorzio resistente mediante tali controlli.

Né le ulteriori argomentazioni addotte dal Consorzio a confutazione delle tesi della società ricorrente - riprese anche dalla società controinteressata - appaiono convincenti sul punto.

Sostiene questo che la suddetta convenzione attribuirebbe al Consorzio un potere di ingerenza diretta nell'attività della SETA relativa al servizio in questione, considerando anche che la partecipazione al 10% del capitale sociale sarebbe proporzionale al numero di abitanti, in rapporto a quello totale del bacino di utenza della SETA, facenti capo al consorzio medesimo, rappresentando così un "peso" effettivo idoneo a giustificare la partecipazione azionaria suddetta.

Sul punto, però, il Collegio osserva che il controllo analogo inteso nel senso sopra specificato non può essere frantumato in tanti parametri proporzionati alla percentuale di partecipazione ma deve essere verificato in ordine all'intero capitale sociale ed agli obiettivi generali della società partecipata, non potendosi ritenere - proprio in caso di partecipazione sociale suddivisa tra vari soci con partecipazioni percentuali non prevalente - che possano sussistere tanti "controlli analoghi" quanti sono i soci in relazione alla partecipazione al capitale sociale limitata alla propria "quota" di interesse, nel caso di specie rapportata al bacino d'utenza di riferimento dei comuni consorziati. Il "controllo analogo" cui fa riferimento la giurisprudenza comunitaria o sussiste su tutta l'attività sociale o non sussiste, non potendosi ritenere che esso si presenti in una multifforme applicazione in relazione alla partecipazione percentuale dei singoli soci.

Inoltre, il medesimo Consorzio resistente insiste nel rilevare che nella convenzione sopra ricordata si rinverrebbe una ingerenza stringente da parte del Consorzio medesimo nell'operato di SETA S.p.A..

Tale conclusione, però, non risulta specificata in relazione a fattispecie concrete, tenuto conto di quanto evidenziato sopra in relazione all'ampiezza dell'oggetto sociale, al consistente numero di consiglieri di amministrazione e alle loro prerogative. Inoltre, nel protocollo d'intesa del luglio 2005 è unicamente previsto che il Consorzio, in riferimento al bacino n. 17, ha la possibilità di "concordare" con SETA particolari contratti di servizio o modifiche statutarie o specifici patti parasociali ma questa, come letteralmente si evince, è una mera facoltà e non una possibilità di imposizione né è specificato cosa deciderebbe l'organo amministrativo di SETA nell'ipotesi in cui i consiglieri di amministrazione, diversi da quelli segnalati dal Consorzio, non concordassero con le scelte suggerite dai rappresentanti di quest'ultimo.

In assenza di norme specifiche appare chiaro che la maggioranza del consiglio di amministrazione potrebbe ben decidere in senso diverso da quello propugnato dal Consorzio.

Né appare condivisibile l'altra argomentazione sostenuta dal Consorzio resistente, secondo la quale sarebbero i vari comuni che lo compongono ad esercitare direttamente il "controllo analogo" per il tramite del Consorzio medesimo.

In merito, il Collegio concorda con il richiamo operato dalla difesa della società ricorrente alle sentenze della Corte di giustizia, secondo cui la gestione di propri servizi per mezzo di società "holding" - cui è assimilabile la fattispecie in esame relativa al rapporto tra Consorzio e "suoi" comuni - può indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice sulla società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale.

Tant'è che ancora una volta non viene chiarito cosa accadrebbe nell'ipotesi in cui la amministrazione di SETA decidesse di non conformarsi alle prescrizioni che i singoli comuni riterrebbero di impartire per il tramite del Consorzio partecipato.

Quanto osservato, è sufficiente per rinvenire l'assenza del necessario requisito del "controllo analogo", circostanza che, di per sé, impedirebbe di considerare legittimamente affidato il servizio in questione. Ad ogni modo, il Collegio evidenzia anche l'assenza del requisito dell'"attività prevalente".

2. In ordine al requisito dell' "attività prevalente".

Come già sopra più volte evidenziato, l'oggetto sociale della SETA è molto ampio, prevedendo non solo la gestione di servizi analoghi a quello affidato ma anche, tra altre, a titolo esemplificativo, qualsiasi attività "di carattere immobiliare, mobiliare, commerciale, industriale, finanziario connessa o complementare a quelle indicate o reputata necessaria e utile per il conseguimento anche indiretto degli scopi sociali". Appare eviden-

te, quindi, che l'attività della SETA non può essere considerata in alcun modo svolta a favore preponderante di un particolare socio, soprattutto, come nel caso di specie, quando la partecipazione sociale dello stesso è esigua e i suoi rappresentanti sono in minoranza nel consiglio di amministrazione. In più, la società ricorrente ha depositato in giudizio documentazione da cui si evince che il fatturato relativo ai servizi resi al di fuori dell'ambito territoriale facente capo al Consorzio, per servizi analoghi a quelli affidati, nel 2004 arrivava a quasi 30 milioni di euro, a fronte di un fatturato annuo che la società affidataria ricaverà per i servizi resi al consorzio affidante, pari a euro 1.632.875.

Inoltre, si osserva anche che, per statuto, la società in questione può partecipare a numerose gare d'appalto anche in comuni diversi dalla regione Piemonte, con ciò confermando che essa si pone traguardi di sviluppo imprenditoriale assai più ampi di quelli contenuti nell'ambito del bacino di utenza del Consorzio affidante il servizio per cui è causa.

Alla luce di quanto illustrato, quindi, il ricorso deve essere accolto in relazione alla domanda di annullamento delle deliberazioni del Consiglio di Amministrazione di SETA n. 22 e n. 23 del 15 febbraio 2006 nonché dell'Assemblea Consorziale n. 3 del 1 febbraio 2006.

In subordine, la società ricorrente ha chiesto anche l'annullamento del protocollo d'intesa in data 16 giugno 2005. In merito, però, il Collegio osserva che tale atto non può qualificarsi come provvedimento amministrativo ma come accordo tra le parti liberamente assunto che, in quanto tale, non influisce sul concreto affidamento contestato, frutto invece dei provvedimenti sopra ricordati.

L'accoglimento del ricorso, quindi, deve limitarsi ai provvedimenti sopra descritti, che sono quelli idonei cui ricondurre l'affidamento diretto illegittimamente disposto.

La complessità delle questioni trattate comporta giusti motivi per compensare integralmente tra le parti costituite le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte - 2^a Sezione - accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati come in motivazione. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Torino, alla camera di consiglio del 13 luglio 2006, con l'intervento dei signori magistrati:

Giuseppe Calvo Presidente

Ivo Correale Referendario, estensore

Antonio Plaisant Referendario

Il Presidente L'Estensore

Il Direttore Segreteria II Sezione Depositata in Segreteria a sensi di Legge il 13 novembre 2006

Il Direttore Segreteria II Sezione

TAR Lazio Roma, Sez. II ter, Sentenza n. 72 del 9/1/2007

1. Servizi pubblici locali - modalità di gestione - affidamento diretto in house - ricorso s.g. - interesse al ricorso - sussiste in capo alle imprese potenziali concorrenti

2. Servizi pubblici locali - modalità di gestione - affidamento diretto in house - controllo analogo - caratteri - individuazione - partecipazione meramente simbolica - inconfigurabilità controllo analogo

1. Va riconosciuto l'interesse strumentale a ricorrere in capo a qualsiasi imprenditore del settore e potenziale concorrente, che contesti il modulo organizzativo di affidamento diretto di un servizio pubblico o di individuazione di un partner in società miste, in assenza di gara (TAR Liguria Genova, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527).

2. Per "controllo analogo" deve intendersi, secondo giurisprudenza condivisa dal Collegio, un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318), che non può sussistere, in particolare, quando la partecipazione dell'Ente pubblico alla società sia meramente simbolica. Laddove al momento dell'affidamento diretto del servizio de quo il Comune deteneva solo l'1 % del capitale sociale, la partecipazione non può che ritenersi simbolica, con impossibilità di esercizio di un controllo equivalente a quello di subordinazione gerarchica.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO SEZIONE SECONDA TER

composto dai signori Magistrati:

Consigliere Michele PERRELLI - Presidente

Consigliere Paolo RESTAINO - Componente

Consigliere Antonio AMICUZZI - Componente relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2805 del 2006 proposto da C.I.C. – CLIN INDUSTRIE CITTÀ s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Federico Sorrentino e Giuseppe Naccarato, unitamente ai quali è elettivamente domiciliato in Roma, al Lungotevere delle Navi, n. 30;

CONTRO

il COMUNE di ANZIO, in persona del vice Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Guido Fiorillo, unitamente al quale è elettivamente domiciliato in Roma, alla Piazza Prati degli Strozzi, n. 33;

e nei confronti

di VOLSCA AMBIENTE s.p.a, con sede in Velletri, in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Fusca, unitamente al quale è elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Licia n. 44, presso l'avv. Paola Todini;

per l'annullamento

della nota del 27.3.2006, n. 15015, del Dirigente U.O. Ambiente e del Direttore dei Lavori della Città di Anzio, di comunicazione della cessazione dal servizio di Nettezza urbana e connessi dal 3.4.2006, e di affidamento del servizio stesso, a far data dal giorno successivo, alla Volsca Ambiente s.p.a.;

della deliberazione del C. C. di Anzio n. 7 del 13.3.2006, recante atti di indirizzo e relativo affidamento in house dei servizi R.S.U.;

degli atti presupposti, connessi e conseguenti, in particolare di quelli di affidamento del servizio alla Volsca Ambiente s.p.a. e di quelli di istituzione e di partecipazione alla società mista, anche mediante acquisizione di partecipazioni azionarie;

nonché, a seguito di motivi aggiunti, della deliberazione del C.C. di Anzio n. 14 del 3.4.2006, di adesione alla Volsca Ambiente s.p.a.;

della deliberazione della G.C. di Anzio n. 65 del 3.4.2006, di istituzione di un organismo intersettoriale per il "controllo analogo" del servizio R.S.U.;

degli atti presupposti, connessi e conseguenti;

nonché per il risarcimento del danno emergente, per lucro cessante e per perdita di chances, causato dalla condotta del Comune di Anzio, in forma specifica ovvero per equivalente, nella misura del 10 % del prezzo che sarebbe stato concordato, cioè € 279.919,63, salvo maggior misura risultante nel corso del giudizio, ovvero da quantificarsi, anche ai sensi dell'art. 35, II c., del D. Lgs. n. 80 del 1998;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Città di Anzio e della Volsca Ambiente s.p.a.;

Visti i motivi aggiunti al ricorso;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la memoria prodotta dalla parte a sostegno delle proprie difese;

Visto il decreto presidenziale 1 aprile 2006, n. 1971;

Vista la propria ordinanza 15/16 maggio 2006, n. 2843;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 4.12.2006, con designazione del Consigliere Antonio Amicuzzi relatore della causa, i procuratori delle parti comparsi come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 29.3.2006, depositato il 30.3.2006, la C.I.C. - Clin Industrie Città s.p.a. (premesse che, a seguito di aggiudicazione della gara indetta dal Comune di Anzio per lo svolgimento del servizio di R.S.U., ha svolto lo stesso per cinque anni dal 4.10.2000, con successiva proroga fino al 4.4.2006) ha impugnato a nota del 27.3.2006, n. 15015, del Dirigente U.O. Ambiente e del Direttore dei Lavori della Città di Anzio, di comunicazione della cessazione dal servizio di Nettezza urbana e connessi dal 3.4.2006, e di affidamento del servizio stesso, a far data dal giorno successivo, alla Volsca Ambiente s.p.a. (in via diretta e senza alcun procedimento ad evidenza pubblica); ha inoltre impugnato la deliberazione del C. C. di Anzio n. 7 del 13.3.2006, recante atti di indirizzo e relativo affidamento in house dei servizi R.S.U., gli atti di affidamento del servizio alla Volsca Ambiente s.p.a. e quelli di istituzione e di partecipazione alla società mista, anche mediante acquisizione di partecipazioni azionarie.

A sostegno del gravame è stato dedotto il seguente, complesso, motivo:

1.- Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 30, 42 e 113 del T.U.E.L.), violazione dell'art. 97 della Costituzione e del principio del buon andamento della P.A., nonché della Direttiva 18/04/CE e degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE del Trattato CE. Eccesso di potere per incompetenza, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità e contraddittorietà.

L'affidamento diretto alla Volsca Ambiente s.p.a. del servizio di cui trattasi è illegittimo sia perché non è provata la partecipazione del Comune di Anzio al capitale della società, sia perché, comunque, la partecipazione al capitale sociale non deve essere simbolica, ma tale da comportare la possibilità per il Comune, nel cui ambito deve svolgersi il servizio, di effettuare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, sia perché la società deve inoltre realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico che la controlla (il che nel caso che occupa non sussisterebbe).

Il Consiglio comunale ha operato la scelta della società con cui operare violando le regole sulla competenza di cui all'art. 42 del T.U.E.L. ed omettendo adempimenti tecnici ed istruttori.

Con decreto presidenziale 1 aprile 2006 n. 1971 è stata respinta la istanza di adozione di misure cautelari urgenti.

Con atto depositato il 24.4.2006 si è costituito in giudizio il Comune di Anzio, che ha eccepito la inammissibilità del ricorso per carenza di interesse della ricorrente (essendo cessata dal servizio per scadenza della proroga) e che erroneamente la controinteressata è stata definita in ricorso società mista; nel merito ha dedotto la infondatezza del ricorso, concludendo per la reiezione.

Con atto depositato il 24.4.2006 si è costituita in giudizio la Volsca Ambiente s.p.a., che ha eccepito la inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e di legittimazione passiva della ricorrente (perché scaduta dal servizio al proroga del quale era titolare), nonché ha dedotto la infondatezza del ricorso (soprattutto perché, anche se il Comune è titolare solo dell'1% del capitale, ha un consigliere di amministrazione ed ha istituito un organo al fine di esercitare un controllo "analogo" sulla società), concludendo per la reiezione.

Con motivi aggiunti notificati il 22.4.2006 e depositati il 6.5.2006, la ricorrente ha impugnato la deliberazione del C.C. di Anzio n. 14 del 3.4.2006 (di adesione alla Volsca Ambiente s.p.a.) e la deliberazione della G.C. di detto Comune n. 65 del 3.4.2006 (di istituzione di un organismo intersettoriale per il "controllo analogo" del servizio R.S.U.); inoltre ha chiesto il risarcimento del danno emergente, per lucro cessante e per perdita di chances, causato dalla condotta del Comune di Anzio, in forma specifica ovvero per equivalente, nella misura del 10 % del prezzo che sarebbe stato concordato, cioè € 279.919,63, salvo maggior misura risultante nel corso del giudizio, ovvero da quantificarsi, anche ai sensi dell'art. 35, II c., del D. Lgs. n. 80 del 1998.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 113 del T.U.E.L., del D. Lgs. n. 157 del 1995 e della Direttiva 2004/18/CE; eccesso di potere per difetto dei presupposti, contraddittorietà, illogicità manifesta e sviamento di potere.

Il preannunciato organismo di controllo è competente sulle modalità di gestione del servizio, ma non costituisce un raccordo interorganico con la società, che è retta da un Consiglio di amministrazione espresso dalla maggioranza del capitale sociale, controllato dal socio di maggioranza; l'affidamento a detta società è avvenuto senza sottoscrizione della carta dei servizi.

2.- Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 42, 49 e 113 del T.U.E.L., nonché violazione dell'art. 97 della Costituzione e del principio di buon andamento della P.A. Incompetenza, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità e contraddittorietà. Violazione della Direttiva 18/04/CE e degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE del Trattato CE.

Gli ulteriori atti emanati dal Comune confermano la illegittimità della delibera n. 7 del 2006, che non è un mero atto di indirizzo ma contiene gli elementi per la scelta di un soggetto specifico, e sono affetti da carenze istruttorie, in particolare sulle capacità tecniche e gestorie del nuovo gestore.

Con memoria depositata il 14.5.2006 la società controinteressata ha dedotto la infondatezza dei motivi aggiunti (in particolare perché la attribuzione al comune di Anzio dell'1 % del capitale sociale è provvisoria, atteso che in seguito la partecipazione azionaria sarebbe divenuta consona al servizio da espletare e perché lo statuto è in corso di modifica, con previsione sia della circostanza che il Consiglio avrebbe dovuto in futuro tener conto degli atti di indirizzo emanati dai singoli enti pubblici che siano soci/clienti e sia del fatto che il piano operativo annuale di gestione dei servizi avrebbe dovuto tener conto degli indirizzi di politica ambientale dei Comuni) e della richiesta di risarcimento danni (potendo la ricorrente al più far riferimento alla perdita

di chance per la perdita della speranza di partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica), concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 14.5.2006 il Costituito Comune ha dedotto la infondatezza dei motivi aggiunti e della richiesta di risarcimento del danno (in particolare perché è scaduta l'unica ed ammissibile proroga del servizio ex art. 6, II c., della L. n. 537 del 1993), concludendo per la reiezione.

Con ordinanza 15/16 maggio 2006 n. 2843 il Tribunale ha respinto la istanza di emanazione di misure cautelari.

Con memoria depositata il 21.11.2006 la controinteressata ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 23.11.2006 parte ricorrente ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 4.12.2006 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in esame una società che, a seguito di aggiudicazione della gara indetta dal Comune di Anzio per lo svolgimento del servizio di R.S.U., ha svolto lo stesso per cinque anni dal 4.10.2000, con successiva proroga fino al 4.4.2006, ha impugnato la nota del 27.3.2006, n. 15015, del Dirigente U.O. Ambiente e del Direttore dei Lavori della Città di Anzio, di comunicazione della cessazione dal servizio di Nettezza urbana e connessi dal 3.4.2006, e di affidamento del servizio stesso, a far data dal giorno successivo, alla Volsca Ambiente s.p.a. (in via diretta e senza alcun procedimento ad evidenza pubblica); ha inoltre impugnato la deliberazione del C. C. di Anzio n. 7 del 13.3.2006, recante atti di indirizzo e relativo affidamento in house dei servizi R.S.U., gli atti di affidamento del servizio alla Volsca Ambiente s.p.a. e quelli di istituzione e di partecipazione alla società mista, anche mediante acquisizione di partecipazioni azionarie.

Con successivi motivi aggiunti ha impugnato la deliberazione del C.C. di Anzio n. 14 del 3.4.2006 (di adesione alla Volsca Ambiente s.p.a.) e la deliberazione della G.C. di detto Comune n. 65 del 3.4.2006 (di istituzione di un organismo intersettoriale per il "controllo analogo" del servizio R.S.U.); inoltre ha chiesto il risarcimento del danno emergente, per lucro cessante e per perdita di chances, causato dalla condotta del Comune di Anzio, in forma specifica ovvero per equivalente, nella misura del 10 % del prezzo che sarebbe stato concordato, cioè € 279.919,63, salvo maggior misura risultante nel corso del giudizio, ovvero da quantificarsi, anche ai sensi dell'art. 35, II c., del D. Lgs. n. 80 del 1998.

2.- Innanzi tutto il Collegio deve verificare la fondatezza della eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalle parti resistenti per carenza di interesse della ricorrente a causa della intervenuta cessazione di essa dal servizio de quo per scadenza della proroga a suo tempo concessale e non ulteriormente prorogabile.

Osserva in proposito il Collegio che l'affidamento diretto ex art. 113, V c., del D.Lgs. n. 267 del 2000 per la gestione di un servizio pubblico locale (nella specie, l'attività di R.S.U.) non esclude l'interesse al ricorso di un "imprenditore del settore" che intenda tutelare il proprio interesse strumentale ad avere una chance per la partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica, avverso l'affidamento del servizio controverso, da ritenersi autonomamente lesivo e perciò autonomamente impugnabile, specie ove col ricorso si contesti la legittimità della scelta di assegnare il servizio con il metodo dell'affidamento diretto (T.A.R. Lazio Latina, 05 maggio 2006, n. 310).

Nel caso in cui si contesti la legittimità della scelta di affidare un servizio con il metodo del c.d. "in house providing", la legittimazione attiva di parte ricorrente va rinvenuta proprio nella sua connotazione di « imprenditore di settore », che mira a tutelare il proprio interesse strumentale ad avere una chance per la partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318).

L'interesse a ricorrere avverso detto provvedimento è, invero, configurabile ex se e non richiede la dimostrazione che l'esito della gara da effettuare sarebbe stato sicuramente o probabilmente favorevole al ricorrente, dato che questo ha interesse a veder valutata la propria offerta in sede di gara e, dunque, è portatore di un interesse strumentale all'annullamento degli atti impugnati ed alla rinnovazione della procedura, da cui deriva una nuova chance di partecipazione e di vittoria.

In conclusione va riconosciuto l'interesse strumentale a ricorrere in capo a qualsiasi imprenditore del settore e potenziale concorrente, che contesti il modulo organizzativo di affidamento diretto di un servizio pubblico o di individuazione di un partner in società miste, in assenza di gara (T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527).

Nel caso che occupa parte ricorrente è sicuramente un "imprenditore del settore", visto che ha svolto il servizio sino alla data del 4.4.2006, e quindi, a prescindere dalla impossibilità di ottenere una ulteriore proroga del servizio già svolto, è titolare, per le considerazioni in precedenza svolte, di interesse strumentale all'annullamento degli atti impugnati.

La eccezione in esame deve quindi essere disattesa.

3.- Con l'unico, complesso, motivo di ricorso sono stati dedotti violazione e falsa applicazione di legge (artt. 30, 42 e 113 del T.U.E.L.), violazione dell'art. 97 della Costituzione e del principio del buon andamento della P.A., nonché della Direttiva 18/04/CE e degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE del Trattato CE; inoltre eccesso di potere per incompetenza, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità e contraddittorietà. L'affidamento diretto alla Volsca Ambiente s.p.a. del servizio di cui trattasi sarebbe illegittimo, tra l'altro, sia perché non è provata la partecipazione del Comune di Anzio al capitale della società, sia perché, comunque, la partecipazione al capitale sociale non deve essere simbolica, ma tale da comportare la possibilità per il Comune, nel cui ambito deve svolgersi il servizio, di effettuare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e sia perché la società deve inoltre realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico che la controlla (il che nel caso che occupa non sussisterebbe).

Con il primo dei motivi aggiunti sono stati dedotti violazione e falsa applicazione dell'art. 113 del T.U.E.L., del D. Lgs. n. 157 del 1995 e della Direttiva 2004/18/CE; inoltre eccesso di potere per difetto dei presupposti, contraddittorietà, illogicità manifesta e sviamento di potere. Ciò, tra l'altro, in quanto il preannunciato organismo di controllo che il Comune intenderebbe adibire all'esercizio del controllo analogo sulla società Volsca Ambiente s.p.a. sarebbe competente sulle modalità di gestione del servizio, ma non costituirebbe un raccordo interorganico con la società, che è retta da un Consiglio di amministrazione espresso dalla maggioranza del capitale sociale, controllato dal socio di maggioranza.

3.1.- Osserva in proposito il Collegio che in base all'art. 113, V c., lett. c), del D. Lgs. n. 267 del 2000, anche la gestione dei servizi di rilevanza economica può essere affidata senza gara "a società a capitale interamente pubblico", pur se a "a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano" (c.d. affidamento "in house providing").

In caso di servizio gestito col metodo del c.d. "in house providing", è quindi preliminarmente necessario stabilire con precisione cosa si intenda per controllo analogo.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, con la decisione 13 ottobre 2005, nella causa C-458/03 (Parking Brixen GmbH), ha fornito l'interpretazione, che deve considerarsi autentica, del noto passaggio della sentenza 18 novembre 1999 in causa C-107/98 (Teckal), nel quale, dopo aver affermato l'obbligatorietà della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente di una fornitura all'ente pubblico, ha enunciato: "Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizzi la parte più importante della propria attività, con l'ente o con gli enti locali detentori".

Le espressioni usate non chiarivano cosa dovesse intendersi per "controllo analogo", anche se offrivano a tal fine alcune indicazioni significative, come l'affermazione che l'affidatario del servizio era, non un ufficio, ma un soggetto giuridico diverso dall'ente, e che era consentito a questo soggetto di svolgere una parte, anche se minoritaria, della propria attività a favore di soggetti diversi dall'ente pubblico, ipotesi inconciliabile con la figura dell'ufficio. A ciò si aggiunga che il riferimento a "gli enti locali detentori", con cui si chiude l'ultimo periodo di detta enunciazione, implicava il coinvolgimento di un soggetto il cui capitale era posseduto dall'ente, o, ancor più significativamente, da più enti pubblici diversi. Infine l'impiego del concetto di "controllo" consentiva di ritenere che la

Corte sopra citata all'epoca si riferisse alle società di capitali, soggetti tipici del diritto commerciale comune, il cui "controllo" è normalmente assicurato dal possesso della maggioranza del capitale.

In epoca più recente (sentenza 11 gennaio 2005, in causa C-26/03) la Corte di Giustizia è tornata sul problema del "controllo analogo", per affermare (par. 49): "...la partecipazione, anche minoritaria, di una impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.". Da detta enunciazione si poteva dedurre, con argomentazione a contrario, che il possesso dell'intero capitale da parte dell'Ente pubblico, consentisse di ravvisare un assetto idoneo all'esercizio del controllo analogo (in tal senso, Cons St., Sez. V, 22 dicembre 2005 n. 7345). Ciò anche perché la Corte suddetta aveva posto a fondamento della anzidetta proposizione, non l'insufficienza del possesso del solo pacchetto di maggioranza da parte dell'ente pubblico ai fini dell'effettivo controllo sulla società, bensì la disomogeneità tra gli interessi perseguiti dal capitale pubblico e quelli tipici del privato investitore, nonché la lesione dei principi di libera concorrenza e di parità di trattamento tra le imprese, in favore di quella chiamata, con capitale minoritario, a far parte della società.

Con la pronuncia *Parking Brixen*, sopra citata, la Corte di Giustizia ha condotto un ulteriore approfondimento sul tema, pervenendo ad una più puntuale individuazione dei caratteri del controllo che l'ente deve poter esercitare sulla società affidataria del servizio pubblico (par. 67-69), consistenti sia nella circostanza che il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi, sia nel fatto che, con riferimento all'ampiezza dei poteri propri del Consiglio d'amministrazione secondo la disciplina risultante dallo statuto, se il Consiglio d'amministrazione "dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale", i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci dal diritto societario non sono sufficienti a consentire all'ente di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Va inoltre rilevato che tra le "circostanze obiettive" idonee a giustificare il mancato rispetto del principio di trasparenza, il Giudice comunitario, nella sentenza della Corte giustizia CE, 21/07/2005, n. 231, ha ritenuto che non possa essere ricompresa la partecipazione dell'ente affidante alla società affidataria, qualora tale partecipazione sia di entità tanto modesta da non consentire all'ente stesso alcun tipo di controllo su di essa. Per quanto riguarda la specificazione di che cosa debba intendersi per controllo la Corte di giustizia ha esplicitato che esso deve essere inteso come un rapporto equivalente ad una relazione di subordinazione gerarchica: ciò, in particolare, si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente affidatario del servizio, affinché quest'ultimo possa essere considerato una *longa manus* dell'amministrazione aggiudicatrice. Solo in questo caso è stato ritenuto essere consentito affidare direttamente la gestione di servizi pubblici senza esperimento delle procedure concorrenziali prescritte dalle disposizioni comunitarie.

Alcune ulteriori indicazioni utili possono essere tratte dalla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia (Cfr. C. giust. Ce, sez. V, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, in Racc., 2003, I, 01931.), secondo la quale si possono ravvisare i canoni di uno stringente controllo di gestione allorché da un lato "le pubbliche autorità verificano non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche la sua amministrazione corrente sotto il profilo dell'esattezza delle cifre indicate, della regolarità, dell'economicità, della redditività e della razionalità e, dall'altro, le stesse autorità sono autorizzate a visitare i locali e gli impianti aziendali del suddetto organismo e a riferire sul risultato di tali verifiche a un ente locale che detenga, tramite un'altra società, il capitale dell'organismo di cui trattasi".

Ulteriori criteri sono stati individuati dalla dottrina al fine di individuare il "controllo analogo" di cui si è detto, quali ad esempio la possibilità per la P.A. di effettuare le verifiche e gli interventi necessari su atti come quelli diretti a delineare le strategie operative della società o quelli più rilevanti per la vita di essa, oppure il potere per la P.A. medesima di accertare il raggiungimento degli obiettivi fissati in tali atti.

Ancora più recentemente, la Corte di giustizia ha addirittura individuato un ulteriore parametro sulla base del quale identificare una fattispecie di «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi», ossia la necessi-

tà dell'assenza nella compagine sociale di qualsiasi socio privato (C. giust. Ce, sez. I, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle, in Urb. app., 2005, 3, 288). Secondo il Giudice comunitario, infatti, il rapporto che lega una Amministrazione ai propri servizi deve necessariamente avere come obiettivo il perseguimento dell'interesse pubblico, mentre la partecipazione di un soggetto privato alla compagine sociale non potrebbe che introdurre al suo interno ulteriori interessi (in particolar modo economici) diversi da quest'ultimo. Inoltre,, anche se il requisito del "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" può sussistere anche laddove il capitale sociale non sia interamente detenuto da enti pubblici, ciò è stato ritenuto possibile purché in concreto i rapporti organizzativi e funzionali tra p.a. ed ente partecipato - così come emergenti sia dalla legislazione societaria nazionale, sia dall'atto costitutivo e dallo statuto della società - consentano alla prima di realizzare gli interessi pubblici che le sono istituzionalmente affidati.

Sulla base del sopra riportato criterio si può convenire con il Giudice comunitario, che, con sentenza della Corte giustizia CE, 21/07/2005, n. 231, ha sostenuto l'inconfigurabilità di detto controllo in capo ad un ente che abbia una partecipazione al capitale sociale meramente simbolica (nel caso all'esame della Corte dello 0,97%), risultando invece necessario il possesso di una quota significativa che consenta all'ente stesso una effettiva influenza sulla gestione della società.

In conclusione, per "controllo analogo" deve intendersi, secondo giurisprudenza condivisa dal Collegio, un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318), che non può sussistere, in particolare, quando la partecipazione dell'Ente pubblico alla società sia meramente simbolica.

3.2.- Nel caso che occupa al momento dell'affidamento diretto del servizio de quo il Comune di Anzio deteneva solo l'1 % del capitale sociale, e la partecipazione non può che ritenersi simbolica, con impossibilità di esercizio di un controllo equivalente a quello di subordinazione gerarchica.

A nulla vale che, come dedotto dalla difesa depositata il 14.5.2006 dalla società controinteressata, l'attribuzione del capitale sociale al Comune di Anzio fosse provvisoria (in vista di un futuro ampliamento di essa a seguito del quale essa sarebbe divenuta consona al servizio da espletare) perché la legittimità del provvedimento impugnato va valutata in base alle circostanze sussistenti al momento della sua adozione.

Medesimi rilievi possono essere effettuati con riferimento alla ulteriore circostanza dedotta in detta difesa (che lo statuto della controinteressata sarebbe in corso di modifica, con previsione che il Consiglio avrebbe dovuto tener conto degli atti di indirizzo emanati dai singoli enti pubblici che siano soci/clienti e che il piano operativo annuale di gestione dei servizi avrebbe dovuto rispettare gli indirizzi di politica ambientale dei Comuni) perché la modifica di certo non sussisteva al momento dell'affidamento diretto in questa sede impugnato.

4.- Quanto alla richiesta di risarcimento del danno emergente, per lucro cessante e per perdita di chances, causato dalla condotta del Comune di Anzio, in forma specifica ovvero per equivalente, considera il Collegio che non è risarcibile il danno da lesione dell'interesse legittimo quando l'attribuzione del "bene della vita", consistente nell'affidamento di un servizio spetti solo al partecipante vittorioso alla procedura concorsuale, atteso che costui ben potrebbe essere soggetto diverso dal ricorrente che abbia ottenuto l'annullamento del provvedimento di affidamento diretto del servizio (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 18 gennaio 2005, n. 100).

L'annullamento degli atti di gara impugnati soddisfa peraltro l'interesse strumentale azionato dalla ricorrente e presenta connotati equivalenti ad un risarcimento in forma specifica (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 05 maggio 2006, n. 39729).

Tanto comporta la impossibilità di accoglimento della richiesta di risarcimento in esame.

5.- Il ricorso, comprensivo dei motivi aggiunti, deve essere, pertanto accolto in parte ed i provvedimenti impugnati annullati nei limiti e nei termini sopra indicati. Restano assorbiti gli ulteriori motivi posti a base del ricorso e dei motivi aggiunti.

6.- Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti.

Consegue alla soccombenza del Comune di Anzio, ai sensi dell'art. 13, comma VI bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, la condanna del Comune stesso alla rifusione alla parte ricorrente del contributo unificato da essa versato, nella misura di € 340,00 (trecentoquaranta/00), come da ricevuta in atti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione seconda ter - accoglie in parte il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei limiti e nei termini indicati in motivazione.

Spese compensate.

Condanna il Comune di Anzio alla rifusione alla ricorrente del C.U. nella misura di € 340,00 (trecentoquaranta/00).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla pubblica amministrazione.

Così deciso in Roma, dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione II ter -, nella camera di consiglio del 4.12.2006, con l'intervento dei signori Magistrati elencati in epigrafe.

Consigliere Michele PERRELLI Presidente

Consigliere Antonio AMICUZZI Estensore

TAR Toscana, Sez. II, Sentenza n. 762 del 18/5/2007

Servizi pubblici locali - in house providing - titolarità di partecipazione pari all'1% - apertura al capitale privato società affidataria - assenza potere nomina amministratori - controllo analogo - inconfigurabilità.

La sussistenza del "controllo analogo" va esclusa laddove: il Comune è titolare soltanto dell'1% del capitale della società affidataria, percentuale di assoluta minoranza; lo statuto non preclude la partecipazione di terzi, anche privati, al capitale sociale, limitandosi a disporre che "in caso di trasferimento delle partecipazioni sociali o di parte di esse per atto tra vivi a titolo oneroso o gratuito è riservato a favore degli altri soci il diritto di prelazione"; il Comune non ha alcun potere di nomina degli amministratori dato che il suo voto, in ragione dell'esigua quota di capitale detenuta, è del tutto irrilevante.

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA TOSCANA
II^ SEZIONE

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso n. 1606/2006 proposto dalla SOCIETÀ SERVIZI ECOLOGICI S.R.L., rappresentata e difesa dall'avv. Vittorio Chierroni ed selettivamente domiciliata presso lo studio di tale difensore in Firenze, Via de' Rondinelli n. 2;

contro

il COMUNE DI BUGGIANO in persona del Sindaco pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Luca Righi ed selettivamente domiciliato presso lo studio di tale difensore in Firenze, Via delle Mantellate n. 8;

e nei confronti

della SOCIETÀ C.I.S. S.R.L. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Golini ed selettivamente domiciliato presso lo studio di tale difensore in Firenze, Via Gino Capponi n. 26;

PER L'ANNULLAMENTO

della deliberazione del Consiglio Comunale di Baggiano n. 38, del 10.07.2006, recante "acquisto quote azionarie consorzio CIS e approvazione statuto", con la quale tale comune ha deciso di sottoscrivere quote della Società CIS s.r.l. per un valore di € 28.800,00; nonché della deliberazione consiliare n. 44, del 26.7.2006, recante "42, comma 2, lett. "e" del D.Lgs. 267/2000 – affidamento del servizio di igiene urbana" con cui lo stesso comune ha affidato il servizio di raccolta dei Rifiuti solidi urbani alla suddetta società CIS ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c del TUEL 267/2000, nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi ivi compresi lo schema del contratto di servizio ed il contratto stesso se stipulato, nonché il disciplinare tecnico generale, nonché, infine gli atti con cui è stato istituito il comitato tecnico di cui all'art. 11 del contratto di servizio;

Visto il ricorso e la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio rispettivamente del comune e della Società controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti costituite a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza dell'11 gennaio 2007, relatore il Consigliere Vincenzo FIORENTINO, gli avv.ti Vittorio Chierroni, Luca Righi e Paolo Golini;

Pubblicato il 12 gennaio 2007 il dispositivo n. 3/07 ai sensi dell'art.4 L.n.205/2000;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con deliberazione consiliare n. 44, del 22 luglio 2006 il Comune di Baggiano procedeva all'affidamento diretto, senza gara ad evidenza pubblica, della gestione dei rifiuti solidi urbani, per un periodo di cinque anni, alla società CIS s.r.l., ritenendo sussistenti nei confronti di quest'ultima i presupposti del c.d. affidamento "in house", così come individuati dal diritto comunitario e recepiti dall'art. 113, comma 5 lett. c) del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, ovvero: il capitale interamente pubblico, l'esercizio da parte degli enti locali soci, di un controllo sulla società analogo a quello esercitato sui propri servizi, la realizzazione, da parte della società della quota più importante della propria attività con gli enti pubblici che la controllano.

Il Comune di Baggiano ha, in seguito all'acquisizione, disposta con delibera consiliare n. 38, del 10 luglio 2006, di una quota del capitale sociale della società affidataria (società il cui capitale era detenuto fino all'ingresso del Comune di Baggiano, per il 100% dalla CIS s.p.a., a sua volta partecipata dai comuni di Agliana, Montale e Quarrata) una partecipazione azionaria dell'1% dell'intero capitale.

Con atto notificato il 25 ottobre 2006 e depositato il 2 novembre successivo, la società Servizi Ecologici s.r.l., aggiudicataria, a seguito di licitazione privata, del servizio di igiene urbana ed ambientale del Comune di Baggiano, con scadenza al 12 gennaio 2006, ha impugnato le sopraindicate delibere per le seguenti censure:

I) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 12, 43 e segg. e 81 e segg. del Trattato dell'U.E., segnatamente sotto il profilo della violazione dei principi di non discriminazione, di libera prestazione dei servizi pubblici, di libera concorrenza e trasparenza; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 113, comma 5 del D.Lgs. 267/2000 (come novellato dall'art. 14 del D.L. n. 269/03, convertito nella legge n. 326/03); eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento della P.A. e per difetto dei presupposti; motivazione insufficiente; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 41 costituzione.

Sostiene parte ricorrente che l'affidamento diretto della gestione dei rifiuti solidi urbani alla società CIS s.r.l. contrasterebbe con i principi sanciti relativamente ai c.d. "affidamenti in house" dalla giurisprudenza comunitaria. Non sussisterebbero, in particolare, gli elementi necessari a configurare sulla società affidataria il c.d. "controllo analogo", da parte del Comune di Baggiano, quale condizione imposta dalla normativa nazionale (art. 113 TUEL) e dalla giurisprudenza comunitaria per la legittimità di affidamenti diretti di servizi a società partecipate da parte di enti pubblici, in deroga ai principi comunitari di concorrenza.

Tali elementi sarebbero, nella specie, insussistenti in ragione, da un lato, dell'esiguità della partecipazione acquisita dal Comune di Baggiano; dall'altro, della mancanza di altri elementi atti a dimostrare che quest'ultimo possa esercitare nei confronti della società partecipata (ed in particolare nei confronti dei suoi organi di governo e di amministrazione) un potere di ingerenza e di controllo, atto a configurare detta società come un soggetto – seppur formalmente distinto dall'ente locale – tuttavia privo di autonomia e legato all'ente affidatario da un rapporto di collegamento tale da poter configurare una situazione di subordinazione gerarchica.

II) Violazione del principio del giusto procedimento; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria; erronea presupposizione; motivazione insufficiente erronea ed illogica.

Sostiene la società ricorrente che il Comune non avrebbe sufficientemente soppesato e dimostrato la asserita convenienza economica dell'affidamento del servizio alla società partecipata.

Si è costituita in giudizio con atto depositato il 6 novembre 2006 la società C.I.S. s.r.l., resistendo.

Tale società, con memoria del 15 novembre 2006 ha contestato la fondatezza del ricorso.

Con atto depositato il 15 novembre 2006 si è costituito anche il comune intimato sostenendo l'infondatezza della pretesa azionata da parte ricorrente.

All'udienza dell'11 gennaio 2007, in prossimità della quale le parti hanno depositato memorie a sostegno delle proprie difese, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Come delineato in fatto, con il primo mezzo di gravame la società ricorrente sostiene che l'affidamento diretto, da parte del Comune di Baggiano della gestione dei rifiuti solidi urbani alla società C.I.S. s.r.l. contrasterebbe con i principi sanciti relativamente ai c.d. "affidamenti in house" dalla giurisprudenza comunitaria.

Non sussisterebbero, in particolare, gli elementi necessari a configurare sulla società affidataria il c.d. "controllo analogo" da parte del comune di Baggiano, quale condizione imposta dalla normativa nazionale (art. 113 TUEL) e dalla giurisprudenza comunitaria per la legittimità di affidamenti diretti di servizi a società partecipate da parte di enti pubblici, in deroga ai principi comunitari di concorrenza.

Tali elementi sarebbero nella specie insussistenti in ragione, da un lato, dell'esiguità della partecipazione acquisita dal Comune di Baggiano; dall'altro, della mancanza di altri elementi atti a dimostrare che quest'ultima possa esercitare nei confronti della società partecipata (ed in particolare nei confronti dei suoi organi di governo e di amministrazione) un potere di ingerenza e di controllo, atto a configurare detta società come un soggetto – seppur formalmente distinto dall'ente locale – tuttavia privo di autonomia e legato all'ente affidatario da un rapporto di collegamento tale da poter configurare una situazione di subordinazione gerarchica.

Il motivo è fondato.

L'art. 113, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 267 del 2000 (come sostituito dall'art. 35 della L. n. 448 del 2001 e modificato dal comma 1 dell'art. 14 del D.L. n. 269 del 2003, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della L. n. 326 del 2003) – disposizione questa richiamata nelle delibere impugnate e nella cui applicazione le stesse sono state adottate – ammette che non si proceda a gara pubblica e si affidi direttamente la gestione di servizi pubblici locali a "società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano". La citata disposizione trae origine dalla necessità dell'ordinamento interno di conformarsi ai principi comunitari in materia, come è dimostrato dalla circostanza che essa consegue ad una procedura d'infrazione avviata nei confronti della Repubblica italiana – cfr. la procedura d'infrazione della Commissione 1999/2184 ex art. 226 del trattato, avviata con lettera n. SG-2000-D/108243 dell'8 novembre 2000, con cui la Commissione ha messo in mora l'Italia ritenendo che le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, previste dall'art. 22 della legge 8 giugno 1990 n. 142, in particolare alla lett. e), fossero in contrasto con l'art. 11 paragrafo 1 della direttiva 92/50 e con l'art. 20 della direttiva 93/38 nonché con i principi di trasparenza, di parità di trattamento e la successiva nota 26 giugno 2002 della L. 28 dicembre 2001 n. 448, nella quale si riscontravano disposizioni non conformi ai principi di diritto comunitario.

Il problema consiste, sostanzialmente, nella ricerca di un punto di equilibrio tra i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza del diritto comunitario, che impongono di dare corso alla gara pubblica, e la possibilità, riconosciuta all'ente locale di affidare direttamente il servizio, singolarmente o con altri enti, ad una società a integrale partecipazione pubblica.

La tematica è stata in più occasioni affrontata dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee a partire dalla sentenza Teck al 18 settembre 1999, resa nel procedimento C-107/98, in cui per la prima volta i giudici comunitari si sono soffermati sui caratteri essenziali dell'affidamento c.d. "in house" specificando che esso è compatibile con il diritto comunitario a condizione che sussistano, cumulativamente i tre requisiti: il capitale interamente pubblico della società; l'esercizio, da parte degli enti locali soci, di un controllo sulla società analogo a quello esercitato sui propri servizi; la realizzazione, da parte della società, della quota più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (cfr. anche: Corte di Giustizia delle Comu-

nità Europee sentenza Stadt Halle 11 gennaio 2005 resa nel procedimento C-26/03 nonché Cons. St. sez. V 22 dicembre 2005 n. 7345).

Nel presente giudizio viene, in particolare, in considerazione una di tali condizioni riprodotte dal legislatore sull'art. 113, comma 5 lett. c) citato, e cioè quella del "controllo analogo". Sul significato concreto di tale requisito è intervenuta la Corte di Giustizia delle Comunità Europee che, nella sentenza del 13 ottobre 2005, in causa C-458/03 Parking Brixen GmbH, ha affermato che esso presuppone che la società di gestione sia soggetta ad un controllo che consente all'autorità pubblica di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti, di modo tale che esso deve essere escluso laddove lo statuto conferisca al Consiglio di amministrazione poteri teoricamente illimitati e configuri un ampio soggetto sociale.

Per poter ritenere sussistente il controllo analogo è, difatti, necessario uno strumento di carattere sociale ovvero anche parasociale, ma diverso dai normali poteri che un socio, anche totalitario, esercita in assemblea, che in ogni momento possa vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante ovvero l'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni più importanti (cfr. il paragrafo 65 della citata sentenza Parking Brixen GmbH).

Tali elementi a maggior ragione devono ricorrere nei casi, come quello di specie, in cui l'ente affidante dispone non della totalità delle quote dell'affidataria, ma di una partecipazione di minoranza di per sé assolutamente non sufficiente al controllo in questione (Corte di Giustizia CE Grande sezione 21 luglio 2005 in causa C231/03, Corame – Comune di Cingia De' Botti; TAR Lombardia Brescia, 5 dicembre 2005 n. 1250; 7 novembre 2005 n. 1123 e 28 febbraio 2006 n. 238).

La Corte ha, altresì specificato che trattandosi di una eccezione alle regole del diritto comunitario, la sussistenza del "controllo analogo" deve formare oggetto di una interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva esistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intende avvalersene (cfr. sentenza Stadt Halle e RPL Lochan cit., punto 46; e sentenza ANAV causa C-410 del 6 aprile 2006).

È stato così affermato che per "controllo analogo" a quello che una amministrazione aggiudicataria deve esercitare sul soggetto aggiudicatario, si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica (cfr. Cons. St. VI sez. 25 gennaio 2005 n. 168 e Corte di Giustizia C.E. 18 novembre 1999, in causa C-107/98).

Ed è lo stringente controllo gestionale e finanziario esercitato, in virtù di tale relazione, dall'ente pubblico sull'ente societario che consente l'affidamento "in house" senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie, essendosi, del resto, in presenza di un fenomeno di delegazione organica che esclude le ragioni a tutela della concorrenza a base della normativa comunitaria. Le prestazioni qualificate "in house", infatti, esulano dalla sfera di applicazione delle direttive perché trattasi di prestazioni fornite dagli stessi servizi interni ad una autorità pubblica o di servizi che da questa dipendono.

E godendo l'Amministrazione aggiudicatrice nei confronti dell'operatore di un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, i compiti che può affidargli saranno trattati come se essi fossero stati semplicemente delegati al suo interno.

Alla luce di quanto esposto, la sussistenza del controllo analogo nel caso di specie va esclusa.

Il Comune di Buggiano, come già delineato, è titolare soltanto dell'1% del capitale della società affidataria, percentuale di assoluta minoranza. E tale dato di fatto già rende impossibile al comune l'esercizio nei confronti della società affidataria del "controllo analogo" a quello esercitato sui propri uffici, dato che lo statuto, all'art. 16 (Decisioni dei soci-quorum) dispone espressamente che "le decisioni assembleari sono adottate con il voto favorevole dei soci che rappresentino i quattro quinti del capitale sociale".

L'oggetto sociale è estremamente ampio (art. 2 dello statuto), riguardando ben venti settore, inerenti a campi estremamente diversificati, che vanno dai rifiuti, rivolti anche a soggetti privati, alla realizzazione di impianti di termovalorizzazione, alla fornitura di consulenze e servizi, allo svolgimento di studi, ricerche, e assistenza

tecnica e finanziaria “a soggetti pubblici e privati” ... fino ad arrivare “alla costruzione e gestione di strade e vie di comunicazioni”, rendendo, in tal modo, fortemente elastica l’individuazione dei limiti di operatività dell’affidataria.

Lo statuto prevedendo poi all’art. 7 (Partecipazioni al capitale sociale) che “L’introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione per atto tra vizi o a causa di morte delle partecipazioni sono decise dai soci, con voto unanime” non preclude l’applicazione a terzi, anche privati, del capitale sociale, limitandosi, difatti, al successivo art. 8 (Trasferimento delle partecipazioni – clausola di prelazione) a disporre che “in caso di trasferimento delle partecipazioni sociali o di parte di esse per atto tra vizi a titolo oneroso o gratuito è riservato a favore degli altri soci il diritto di prelazione”.

Ed è al riguardo da rilevare che secondo la giurisprudenza europea (in particolare secondo Corte di Giustizia CE, sentenza Stadt Halle 11 gennaio 2005 resa nel procedimento – 26/03, cit.) il controllo analogo comunque non sussiste nel caso di compresenza, anche minoritaria, accanto al capitale pubblico, di capitale privato, in quanto il privato, da un lato, persegue logiche di profitto incompatibili con quella del controllo pubblico, dall’altro si ritroverebbe indebitamente favorito rispetto alle imprese concorrenti non socie.

Lo statuto, inoltre, all’art. 18 (Amministrazione della società), dispone che “La nomina dei componenti dell’organo amministrativo spetta ai soci ai sensi dell’art. 2479 del codice civile”. Ebbene questo articolo (Decisioni dei soci) relativamente alle decisioni sulle nomine degli amministratori, se non previste nell’atto costitutivo (ed è l’ipotesi di specie dispone, al comma quarto, che queste “debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare ai sensi dell’art. 2479 bis”; e tale articolo (Assemblee dei soci) al comma quattro, prevede che “l’assemblea è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentino la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta”.

Da ciò consegue che il Comune di Baggiano non ha alcun potere di nomina dato che il suo voto, in ragione dell’esigua quota di capitale detenuta, è del tutto irrilevante.

In base ai suindicati rilievi non è, quindi, assolutamente possibile configurare in capo al comune di Baggiano una forma di controllo sulla società affidataria analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Concludendo il ricorso, attesa la fondatezza del motivo esaminato che consente l’assorbimento degli ulteriori profili di illegittimità dedotti, va accolto con conseguente annullamento degli atti con lo stesso impugnati.

Le spese ed onorari di causa vengono liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione II^a, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l’effetto annulla gli atti con lo stesso impugnati;

condanna le parti intimiate al pagamento in favore della parte ricorrente della complessiva somma di € 4.000,00 (quattromila) oltre accessori di legge, a titolo di spese ed onorari di causa.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze, l’11 gennaio 2007, dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, in Camera di Consiglio, con l’intervento dei signori:

Giuseppe PETRUZZELLI – Presidente

Vincenzo FIORENTINO - Consigliere, rel.est.

Stefano TOSCHEI – Consigliere

F.to Giuseppe Petruzzelli

F.to Vincenzo Fiorentino

F.to Silvana Nannucci – Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 18 MAGGIO 2007

Firenze, lì 18 MAGGIO 2007

F.to Silvia Lazzaroni

Capitolo 8

Affidamento diretto e società miste

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana - sez. giurisdizionale, Sentenza n. 589 del 27/10/2006

La costituzione di una società mista, anche con scelta del socio privato a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento di un servizio pubblico.

La costituzione di una società mista, anche con scelta del socio privato a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio. Nel diritto comunitario, quanto alle società miste, sembrano evidenziarsi come necessarie le due gare. Da un lato, infatti, inquadrando la fattispecie nel partenariato pubblico/privato equiparabile alle concessioni, si configura tale obbligo per la scelta del socio secondo le regole ed i principi previsti dal diritto comunitario per le concessioni. Tale esigenza è stata acquisita da tempo anche dalla giurisprudenza nazionale, essendosi affermato che, indipendentemente dalla esistenza nell'ordinamento di una specifica norma atta a disciplinare la scelta, da parte dell'ente locale, del socio imprenditore privato nelle società miste di servizi a capitale pubblico maggioritario, tale scelta non può sottrarsi ai principi concorrenziali dell'evidenza pubblica, ormai immanenti nell'ordinamento stesso. Dall'altro, dopo tale gara, per l'acquisizione del servizio le società ne devono affrontare una seconda, alla quale possono partecipare tutti i soggetti interessati, in possesso dei relativi requisiti, operanti nel settore.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede giurisdizionale
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1084/2005, proposto dai

COMUNI DI CALTAGIRONE, MAZZARRONE, SAN MICHELE DI GANZARIA, SCORDIA e VIZZINI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Mario Libertini e Nicola Semina-
ra., con domicilio eletto in Palermo, via G. Ventura n. 1 presso lo studio dell'avv. Daniela Macaluso;

contro

- il CONSORZIO AMBITO TERRITORIALE OTTIMALE 2 - ACQUE CATANIA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Alfio D'Urso e Michele Ali, con domicilio eletto in Palermo, via Dante n. 25, presso lo studio dell'avv. Marcello Zampardi;

- la PROVINCIA REGIONALE DI CATANIA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Mineo, con domicilio presso la Segreteria della Sezione giurisdizionale di questo Consiglio, in Palermo, via Filippo Cordova n. 76;

e nei confronti

della S.I.E. SERVIZI IDRICI ETNEI s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Mineo e Alfio D'Urso, con domicilio presso la Segreteria della Sezione giurisdizionale di questo Consiglio, in Palermo, via Filippo Cordova n. 76;

per la riforma

della sentenza 670, in data 18 aprile 2005 del Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, I;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio ambito territoriale ottimale 2 - Acque Catania, della Provincia regionale di Catania, e della S.I.E. Servizi idrici etnei s.p.a.;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Consigliere Pier Giorgio Trovato; uditi, alla pubblica udienza del 15 marzo 2006, l'avv. N. Seminara per i comuni appellanti, gli avv.ti A. D'Urso e M. Ali per il Consorzio appellato, l'avv. F. Mineo per la provincia di Catania e gli avv.ti F. Mineo e A. D'Urso per la S.I.E. s.p.a.;

Visto il dispositivo n. 34/06 in data 21 marzo 2006;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con deliberazione n. 4 in data 24 gennaio 2004, su proposta del Consiglio di amministrazione (atto n. 5 in data 24 gennaio 2004) l'Assemblea del Consorzio ambito territoriale ottimale 2 - Acque Catania (di seguito Consorzio ATO):

- rilevava che era interesse dell'ATO, anche in quanto espressione degli enti territoriali e delle comunità locali, salvaguardare il know how fin qui acquisito e, nel contempo, avvalersi delle esperienze e delle risorse dei privati che pur agiscono nel settore;
- sceglieva quale modello gestionale del servizio idrico integrato l'affidamento a società mista a prevalente capitale pubblico, con partner privato scelto in esito a procedura ad evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 113, comma 5, lettera b) del D.Lgs. 267/2000;
- dava mandato al Consiglio di amministrazione di porre in essere tutti gli atti occorrenti al fine, con riserva per l'Assemblea di provvedere con propria deliberazione a norma dell'art. 8 lett. H) dello statuto all'affidamento della gestione al soggetto che sarà così costituito;
- indicava per la costituzione della società e per la indizione della gara ad evidenza pubblica per la scelta del partner privato il termine essenziale del 31 marzo 2004, scaduto il quale si sarebbe senz'altro dovuta attivare la procedura a evidenza pubblica per la scelta del gestore(ex art. 113, comma 5, lettera a del D.Lgs. 267/2000).

2. La società (S.I.E. Servizi idrici etnei s.p.a.) venne costituita per iniziativa della Provincia regionale di Catania con atto notarile del 6 settembre 2004, a seguito di deliberazione n. 37, in data 17 agosto 2004 del Consiglio provinciale, con la quale si approvavano anche lo statuto e l'atto costitutivo.

In detta deliberazione si prevedeva tra l'altro che:

- la società, inizialmente a socio unico (la Provincia regionale), sarebbe stata aperta alla partecipazione dei Comuni della Provincia nei limiti massimi delle rispettive quote di partecipazione al Consorzio;
- il capitale sociale sarebbe stato sottoscritto inizialmente per intero dalla Provincia;
- si sarebbe poi proceduto ad un aumento del capitale sociale da riservare al socio privato;

- quest'ultimo sarebbe stato individuato con procedura ad evidenza pubblica, il cui espletamento era delegato per quanto di competenza al Consorzio.

L'Assemblea del Consorzio ATO, in data 13 settembre 2004:

- con deliberazione n. 7 confermava la pregressa delibera n. 4/2004, relativamente all'affidamento del servizio a società mista a prevalente capitale pubblico con socio privato scelto con procedura ad evidenza pubblica e prendeva atto della costituzione della S.I.E. Servizi idrici etnei s.p.a. (di seguito società S.I.E.), in particolare rilevando che detta società era idonea ed adeguata, anche sotto il profilo statutario e di corporate governance, ad acquisire la titolarità del servizio idrico integrato e l'esecuzione dei lavori connessi e che anche con riferimento ai suoi prospettati assetti proprietari appare adeguata in piena conformità ai dettami normativi ad assolvere alle finalità istituzionali ed imprenditoriali di gestione del servizio per la piena realizzazione dell'interesse pubblico anche di promozione e tutela della concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali;
- con deliberazione n. 8, autorizzava l'indizione della gara per la scelta del socio privato di minoranza della anzidetta società e disponeva l'affidamento del servizio medesimo e della esecuzione dei lavori ad esso connessi alla società S.I.E. con effetto a decorrere dalla data in cui il soggetto privato ... diventerà a tutti gli effetti socio della società medesima;
- con deliberazione n. 9 delegava al Consiglio di Amministrazione la predisposizione degli atti e l'avvio della gara per la scelta del socio privato di minoranza.

In esecuzione delle deliberazioni sopra menzionate veniva bandita la gara (bando inviato alla GUCE in data 28 settembre 2004);

3. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, i Comuni di Caltagirone, Mazzarrone, Mineo, San Michele di Ganzaria, Scordia e Vizzini chiedevano l'annullamento dei seguenti atti:

- A) delle delibere 7, 8 e 9 del 13 settembre 2004 della Assemblea del Consorzio ATO;
- B) ove occorra e in parte qua, della delibera dell'Assemblea ATO n. 4 e della delibera del Consiglio di amministrazione n. 5, entrambe in data 24 gennaio 2004;
- C) di ogni altra delibera, non conosciuta, con la quale il Consiglio di amministrazione aveva approvato gli atti di gara per la scelta del socio privato di minoranza;
- D) del bando di gara inviato alla GUCE in data 28 settembre 2004, nonchè di tutti gli atti successivi, ivi compresa la eventuale aggiudicazione e la stipula della convenzione;
- E) infine, della deliberazione n. 37 del 17 agosto 2004 con la quale la Provincia Regionale di Catania aveva deliberato la costituzione di una società a capitale prevalentemente pubblico per l'affidamento del S.I.I. dell'ATO 2 - Acque Catania.

Erano dedotte le seguenti censure:

I eccesso di potere per contraddittorietà degli atti e difetto di istruttoria; violazione della delibera n. 4 del 24 gennaio 2004, difetto di motivazione ed eccesso di potere per sviamento e cattivo esercizio del potere di autotutela;

II in subordine violazione dei principi comunitari in materia di concorrenza, di appalti di servizi e di concessione di pubblici servizi;

III violazione per mancata e falsa applicazione dell'articolo 113, comma 5 del decreto legislativo numero 267 del 2000; nonchè dell'articolo 9 della legge n. 36 del 1994 e violazione del principio di buon andamento e di imparzialità; eccesso di potere per violazione della circolare del Dipartimento delle politiche comunitarie n. 12727 del 19 ottobre 2001;

III bis violazione dei principi in materia di concorrenza e violazione della par condicio; difetto di motivazione;

IV in subordine, violazione dei principi in materia di concorrenza e violazione dell'articolo 117 della Costituzione; eccesso di potere per violazione della circolare del Dipartimento delle politiche comunitarie n. 3944

dell'1 marzo 2002; della circolare del Ministero dell'ambiente 22 novembre 2001; del D.M. 22 novembre 2001; della circolare del Ministero dell'ambiente del 18 marzo 2003;

V in via ulteriormente subordinata, violazione dell'articolo 113, c. 5, lettera b) del decreto legislativo numero 267 del 2000 sotto altro profilo;

VI violazione del principio di leale collaborazione e degli articoli 8 e seguenti della legge 36 del 1994.

VII illegittimità derivata per incompetenza; sviamento, difetto di motivazione, eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità e contraddittorietà degli atti;

VIII in via autonoma illegittimità del bando di gara per violazione dell'art. 4 dello statuto ATO, incompetenza, violazione del principio di imparzialità e buon andamento.

4. In seguito, su proposta del Consiglio di amministrazione (delibera n. 1 in data 13 gennaio 2005) l'Assemblea Consorzio ATO (deliberazione n. 2 del 13 gennaio 2005):

- dava atto che la gara era andata deserta e che l'affidamento già deliberato a favore della S.I.E. deve essere ritenuto, anche in virtù della presente delibera, definitivamente inefficace;
- confermava la scelta di affidare a società mista il servizio a norma dell'art. 113 comma 5 lettera b);
- sulla base della delega conferita dal Consiglio provinciale di Catania con delibera n. 37/2004, stabiliva di rinnovare la gara stessa, individuando le competenze in ordine agli adempimenti esecutivi.

Il Consiglio di amministrazione con delibera n. 2 sempre in data 13 gennaio 2005 bandiva la gara e ne approvava le determinazioni propedeutiche.

I Comuni di Caltagirone, Mazzarrone, Mineo, San Michele di Ganzaria, Scordia e Vizzini impugnavano con motivi aggiunti avanti al Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania:

- la deliberazione assembleare n. 2/2005, nonché l'atto di convocazione della Assemblea;
- le deliberazioni del Consiglio di Amministrazione n. 1/2005 e n. 2/2005;
- il bando di gara e il relativo capitolato;
- tutti gli atti successivi, ivi compresa la eventuale aggiudicazione e la stipula della convenzione;
- l'eventuale atto di affidamento del servizio alla S.I.E. s.p.a.

Erano dedotti

I) illegittimità derivata

II) illegittimità per vizi propri

II. 1. A) in via preliminare, per irregolarità nella convocazione della Assemblea;

II. 2 nel merito

- II. 2.A) difetto di motivazione, contraddittorietà tra atti, violazione della delibera ATO n. 4/2004, cattivo esercizio del potere di autotutela
- II. 2.B) in subordine violazione dei principi comunitari in materia di concorrenza di appalti di servizi e di concessione di pubblici servizi.

II.3) violazione dell'art. 113 D.Lgs. 267/2000; violazione dei principi comunitari in materia di concorrenza, di appalti di servizi e di concessioni di pubblici servizi; eccesso di potere per violazione delle linee di indirizzo dettate dall'autorità competente ex art. 113 comma 5 lett. b) del D.Lgs. 267/2000; eccesso di potere per sviamento; violazione della par condicio e difetto di motivazione sotto altro profilo;

II.4) in subordine, violazione dei principi in materia di concorrenza e violazione dell'articolo 117 della Costituzione; eccesso di potere per violazione della circolare del Dipartimento delle politiche comunitarie n. 3944 del 1 marzo 2002; della circolare del Ministero dell'ambiente 22 novembre 2001; del D.M. 22 novembre 2001; delle circolari del Ministero dell'ambiente del 18 marzo 2003 e del 6 dicembre 2004;

- Il.5) violazione del principio di leale collaborazione e degli articoli 8 e seguenti della legge 36 del 1994; eccesso di potere per violazione dei principi generali in materia di diritto societario;
- Il.6) incompetenza; violazione dell'art. 113 D.Lgs. 267/2000; sviamento, difetto di motivazione, eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità e contraddittorietà degli atti;
- Il.7) illegittimità del bando di gara per violazione dell'art. 4 dello statuto ATO, incompetenza, violazione del principio di imparzialità e buon andamento.
5. Le Amministrazioni intimare e la Società S.I.E., controinteressata, si costituivano in giudizio, sollevando varie eccezioni in rito e chiedendo il rigetto del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti.

In particolare il Consorzio eccepiva:

- difetto di legittimazione e di interesse dei Comuni ricorrenti;
 - tardività del ricorso nella parte in cui era diretto contro la deliberazione assembleare 4/2004 del Consorzio ATO;
 - inammissibilità del ricorso contro la deliberazione assembleare del 13 settembre 2004, che ha confermato la pregressa deliberazione 4/2004.
6. Il TAR, sentenza 670, in data 18 aprile 2005, prescindendo dall'esame delle eccezioni pregiudiziali sollevate dalle parti resistenti,
- a) rigettava il ricorso ed i motivi aggiunti nella parte in cui erano impugnate:
 - le deliberazioni 7, 8 e 9 del 13 settembre 2004 dell'Assemblea del Consorzio ATO 2 di Catania;
 - le deliberazioni dell'Assemblea del Consorzio ATO n. 4 e (del Consiglio di amministrazione) n. 5, entrambe del 24 gennaio 2004;
 - la deliberazione n. 2 del 13 gennaio 2005, dell'Assemblea del Consorzio ATO;
 - le deliberazioni in pari data con le quali il Consiglio di Amministrazione aveva approvato gli atti propedeutici della gara.
 - b) dichiarava inammissibile il ricorso limitatamente alla impugnazione della deliberazione consiliare 37 del 17 agosto 2004 della Provincia Regionale di Catania;
 - c) compensava interamente tra le parti spese ed onorari del giudizio;
7. La sentenza è stata appellata dai Comuni di Caltagirone, Mazzarrone, San Michele di Ganzaria, Scordia e Vizzini, che oltre a contestare le argomentazioni del TAR hanno riproposto tutte le difese di primo grado.

Tra gli originari ricorrenti non ha proposto appello il Comune di Mineo.

Si sono costituiti in giudizio:

- il Consorzio ambito territoriale ottimale 2 - Acque Catania, che ha riproposto anzitutto le eccezioni di irritalità fatte valere in primo grado e non esaminate dal TAR, ha eccepito profili di irritalità dell'appello (relativamente al primo motivo) e ha controdedotto nel merito degli ulteriori motivi appello;
- la Provincia regionale di Catania e la S.I.E. Servizi idrici etnei s.p.a., che hanno controdedotto nel merito.

Alla pubblica udienza del 15 marzo 2006, l'appello è passato in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del contendere sono alcuni atti del Consorzio ambito territoriale ottimale 2 - Acque Catania e della Provincia regionale di Catania, aventi ad oggetto l'affidamento del servizio idrico integrato ad una società mista con prevalente capitale pubblico, costituita ai sensi dell'art. 113 comma 5 lett. b) del D.Lgs. 267/2000, previa individuazione con selezione ad evidenza pubblica del partner privato.

Più esattamente vengono in rilievo:

- a) la deliberazione n. 4 in data 24 gennaio 2004, con la quale l'Assemblea del Consorzio ambito territoriale ottimale 2 - Acque Catania, su proposta del Consiglio di amministrazione (atto n. 5 in data 24 gennaio

2004), sceglieva quale modello gestionale del servizio idrico integrato l'affidamento diretto a società mista a prevalente capitale pubblico, ai sensi dell'art. 113, comma 5, lettera b) del D.Lgs. 267/2000, stabilendo per la individuazione del partner privato e per la costituzione della società il termine essenziale del 31 marzo 2004, scaduto il quale si sarebbe senz'altro dovuta attivare la procedura a evidenza pubblica per la scelta del gestore (ex art. 113, comma 5, lettera a) del D.Lgs. 267/2000.

- b) la deliberazione n. 37, in data 17 agosto 2004 con la quale il Consiglio provinciale di Catania approvava lo statuto e l'atto costitutivo della società S.I.E. Servizi idrici etnei s.p.a. (poi costituita con atto notarile del 6 settembre 2004), precisandosi che la società inizialmente era costituita con socio unico (la Provincia stessa) e che era finalizzata alla attribuzione del servizio idrico integrato, aperta alla partecipazione dei Comuni associati nel Consorzio (mediante cessione al valore nominale di parte delle azioni sottoscritte dalla Provincia nei limiti massimi delle rispettive quote di partecipazione al Consorzio) e alla partecipazione di socio privato da individuarsi mediante gara pubblica;
- c-e) deliberazioni della Assemblea del Consorzio ATO, in data 13 settembre 2004 e precisamente:
 - * deliberazione n. 7 recante conferma della pregressa delibera n. 4/2004, relativamente all'affidamento diretto del servizio a società mista a prevalente capitale pubblico, e presa d'atto della costituzione della S.I.E. Servizi idrici etnei s.p.a. (di seguito società S.I.E.);
 - * deliberazione n. 8, avente ad oggetto la autorizzazione ad indire la gara per la scelta del socio privato di minoranza della anzidetta società e l'affidamento del servizio medesimo e della esecuzione dei lavori ad esso connessi alla società S.I.E. con effetto a decorrere dalla data in cui il soggetto privato diventerà a tutti gli effetti socio della società medesima;
 - * deliberazione n. 9 recante delega al Consiglio di Amministrazione per la predisposizione degli atti e l'avvio della gara;
- f) bando di gara inviato alla GUCE in data 28 settembre 2004;
- g) deliberazione n. 2 del 13 gennaio 2005, con la quale, andata deserta la gara, l'Assemblea Consorzio ATO rinnovava la scelta di affidare il servizio a norma dell'art. 113 comma 5 lettera b) del D.Lgs. 267/2000;
- h) le delibere n. 1 e n. 2 del Consiglio di amministrazione del Consorzio.

2. In primo grado il TAR con sentenza n. 670, in data 18 aprile 2005, prescindendo dall'esame delle eccezioni pregiudiziali sollevate in particolare dal Consorzio ATO

- a) ha rigettato il ricorso ed i motivi aggiunti nella parte in cui erano impugnate:
 - le deliberazioni 7, 8 e 9 del 13 settembre 2004 dell'Assemblea del Consorzio ATO 2 di Catania;
 - le deliberazioni dell'Assemblea del Consorzio ATO n. 4 e del Consiglio di amministrazione n. 5 del 24 gennaio 2004;
 - la deliberazione n. 2 in data 13 gennaio 2005, dell'Assemblea del Consorzio ATO;
 - le deliberazioni in pari data con le quali il Consiglio di Amministrazione aveva approvato gli atti propedeutici della gara.
- b) ha dichiarato inammissibile il ricorso limitatamente alla impugnazione della deliberazione consiliare n. 37 del 17 agosto 2004 della Provincia Regionale di Catania;

3. In appello vengono riproposte dai Comuni di Caltagirone, Mazzarrone, San Michele di Ganzaria, Scordia e Vizzini le questioni di merito già svolte in prime cure.

Le controparti (Consorzio ATO, Provincia regionale di Catania e S.I.E. Servizi idrici etnei s.p.a.), controdeducono nel merito. Il Consorzio, poi, ripropone alcune eccezioni di irritualità fatte valere in primo grado e non esaminate dal TAR e eccepisce profili di irritualità dell'appello (relativamente al primo motivo).

4. In ordine logico vanno esaminate le eccezioni pregiudiziali sollevate in primo grado e in appello dal Consorzio ATO.

Con la prima si fa valere la inammissibilità del ricorso al TAR per difetto di legittimazione e di interesse ad agire dei Comuni ricorrenti (soggetti consorziati).

La eccezione va disattesa.

È stato affermato in giurisprudenza che nell'ambito dei rapporti fra ente consorziale ed enti che ne fanno parte, tenuto conto della sfera di attribuzioni pertinente ai due enti, dotati ciascuno di distinta soggettività giuridica, mentre da un lato va esclusa ogni intromissione dell'ente associato nella vita e nella gestione dell'entità soggettiva consorziale, con conseguente impossibilità per il soggetto associato di promuovere azioni che spettano solo al consorzio, dall'altro non può escludersi la legittimazione al ricorso da parte dell'ente associato ove gli atti promananti dal consorzio siano suscettivi di ledere la sfera giuridica dei suoi interessi (Consiglio Stato, sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2939).

Nella specie un interesse legittimante l'azione giurisdizionale può ravvisarsi nel fatto che gli atti in vertenza incidono nella organizzazione, negli obiettivi e nelle competenze del Consorzio, di cui i Comuni ricorrenti sono soci, nonché nella organizzazione e nella gestione del servizio idrico integrato che si avvale di strutture di proprietà comunale (opere idrauliche, reti di adduzione, distribuzione e raccolta delle acque potabili e reflue) e che riguarda le collettività comunali.

In questa prospettiva va ricordato che in ogni caso il Comune deve intendersi titolato, quale ente esponenziale degli interessi riferibili alla collettività dei residenti nel suo territorio (come, peraltro, espressamente sancito dall'art. 3 comma 2, D.Lgs. 18 agosto 2000 267), all'impugnazione dei provvedimenti che hanno attitudine a produrre effetti pregiudizievoli per la comunità locale dallo stesso rappresentata (Consiglio Stato, sez. IV, 24 marzo 2004, n. 1559).

I Comuni appaiono quindi legittimati al ricorso diretto ad assicurare un corretto affidamento del servizio in condizioni di legalità ed efficienza, nel rispetto delle normative di settore e dello statuto consortile.

5. In via subordinata, il Consorzio deduce la tardività del ricorso contro la deliberazione n. 4 in data 24 gennaio 2004, dell'Assemblea del Consorzio ambito territoriale ottimale 2 Acque Catania.

Osserva il Collegio che tale deliberazione risulta impugnata ove occorra, in parte qua, ma che nella sostanza essa nell'odierno giudizio viene in rilievo non tanto come oggetto di impugnazione, quanto piuttosto come atto, la cui inosservanza è invocata come ragione di illegittimità degli atti successivi, laddove in essi si trascura il termine essenziale del 31 marzo 2004, stabilito nella deliberazione n. 4/2004 e scaduto il quale si sarebbe senz'altro dovuta attivare la procedura a evidenza pubblica per la scelta del gestore (ex art. 113, comma 5, lettera a del D.Lgs. 267/2000).

6. D'altra parte le successive deliberazioni della Assemblea del Consorzio ATO in particolare le deliberazioni in data 13 settembre 2004 (n. 7,8, 9) non hanno carattere meramente confermativo di quella in data 24 gennaio 2004 (n. 4), in quanto adottate alla stregua di nuovi presupposti (in particolare la sopravvenuta costituzione della S.I.E. Servizi idrici etnei s.p.a., a seguito della deliberazione consiliare n. 37 del 17 agosto 2004 della Provincia Regionale di Catania).

Esse risultano dunque ritualmente impuginate indipendentemente dalla tempestiva impugnazione della deliberazione in data 24 gennaio 2004 (n. 4).

7. Ultima eccezione pregiudiziale sollevata dal Consorzio riguarda il primo motivo d'appello, con il quale si deduce erroneità della sentenza per infedele ricostruzione dei fatti, insufficienza e contraddittorietà della motivazione, mancata considerazione degli scritti difensivi, relativamente ai motivi di ricorso in primo grado diretti contro la deliberazione consiliare n. 37 del 17 agosto 2004 della Provincia Regionale di Catania.

Osserva il Consorzio che gli appellanti non hanno in alcun modo contestato la declaratoria di inammissibilità in parte qua del ricorso in prime cure e che quindi la riproposizione della questione di merito appare irrurale.

Al riguardo il TAR ha rilevato che:

- l'atto deliberativo della Provincia regionale n. 37/2004 non ha effetto lesivo di alcun interesse pubblico di livello comunale con riguardo anche al rilievo che la titolarità del suddetto servizio non appartiene più ai comuni, ma al consorzio; inoltre nessuno dei comuni consorziati nell'ATO ha dimostrato la volontà di entrare a far parte della società costituita dalla Provincia, la S.I.E. S.p.A., acquistando la quota di propria

spettanza, pari ad una percentuale del capitale sociale rapportata alle rispettive quote di partecipazione al fondo consortile.

- in ogni caso le censure, che investono gli atti costitutivi della società, ed in particolare lo statuto, sfuggono alla giurisdizione amministrativa, rientrando in quella dell'A.G.O..

Osserva il Collegio che la delibera di cui trattasi riguarda in particolare la volontà di costituire la società mista, approvandone l'atto costitutivo e lo statuto e che i Comuni appellanti, pur non facendo espresso riferimento alla declaratoria di inammissibilità in parte qua del ricorso in primo grado, svolgono argomentazioni utili ad evidenziare l'effetto lesivo conseguente alla delibera n. 37/2004 e quindi il loro interesse ad agire. È sufficiente qui richiamare le assorbenti sottolineature contenute nel primo motivo di appello al grave vulnus che l'intervento unilaterale ha provocato negli equilibri tra i consorziati.

Per questa parte dunque la declaratoria di inammissibilità risulta nella sostanza censurata.

Non viene censurata invece la declaratoria di difetto di giurisdizione, riguardante specificamente gli atti negoziali approvati (atto costitutivo e statuto), con la deliberazione provinciale 37/2004.

Le relative censure di merito, come riproposte in appello, non sono quindi ammissibili.

II

1. Nel merito l'appello ripropone la questione della legittimità degli atti in vertenza sotto due profili:

- la legittimità della determinazione di scegliere come modello per la gestione del servizio idrico integrato l'affidamento ad una società mista a prevalente capitale pubblico, con partner privato scelto in esito a procedura ad evidenza pubblica ex art. 113 comma 5 lett. b) del D.Lgs. 267/2000;
- la legittimità dell'affidamento diretto a detta società del servizio idrico integrato.

2. Sotto il primo profilo, fondate sono anzitutto la censura I del ricorso introduttivo (eccesso di potere per contraddittorietà degli atti e difetto di istruttoria; violazione della delibera n. 4 del 24 gennaio 2004, difetto di motivazione ed eccesso di potere per sviamento e cattivo esercizio del potere di autotutela) e il motivo aggiunto II.2.A) (difetto di motivazione, contraddittorietà tra atti, violazione della delibera ATO n. 4/2004, cattivo esercizio del potere di autotutela).

Tali vizi scaturiscono, secondo la prospettazione della parte ricorrente, dalla (ritenuta sussistente) subordinazione della scelta della società mista come soggetto affidatario della gestione del servizio idrico integrato al termine essenziale del 31 marzo 2004.

In effetti nella delibera 4/2004 al riguardo si indicava il termine essenziale del 31 marzo 2004 entro il quale dovrà essere costituita la società per la gestione ed indetta la gara ad evidenza pubblica per la scelta del partner privato di minoranza, stabilendo, altresì, che nel caso di inefficace decorso del suddetto termine il C.d.A. dovrà senz'altro attivare la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del gestore ai sensi del sopracitato art. 113 c. 5 lett. a del d.leg.vo 267/00".

Il TAR ha respinto il motivo osservando che:

- dal tenore testuale del predetto atto deliberativo si evince che il termine del 31 marzo 2004 venne posto solo per rafforzare la scelta della società mista e non certo per limitarne la validità nel tempo; il termine, poi, appare, verosimilmente, imposto al C.d.A. per vincolarlo a porre in essere tutti gli atti necessari alla esecuzione della delibera in largo anticipo rispetto ai termini imposti dalla Regione (30 giugno 2004);
- la sopravvenienza di ricorso della Regione Toscana alla Corte Costituzionale per la declaratoria di incostituzionalità delle modifiche all'art. 113 indussero, però, il C.d.A. a rallentare l'iter attuativo della delibera stessa per evitare di porre in essere atti e procedimenti che avrebbero potuto essere inficiati dalla decisione della Corte Costituzionale;
- la sospensione del procedimento di attuazione diveniva così atto del tutto logico, senza che potesse ritenersi comportante la vanificazione della scelta assembleare, una volta accertata dal Giudice delle leggi la legittimità costituzionale della norma che consentiva l'affidamento del servizio ad una società mista.

- costituita così dalla Provincia, Ente promotore e direttivo del Consorzio ATO stesso, la società mista aperta alla partecipazione di tutti i Comuni consorziati, veniva legittimamente ripreso l'iter per l'attuazione della scelta deliberata e veniva riconvocata l'assemblea del Consorzio per consentirle, proprio in esecuzione a quanto deciso con la sua delibera del 24.1.2004 di affidare la gestione del servizio alla società mista;
- l'Assemblea del Consorzio legittimamente, pertanto, deliberò di non discostarsi dalla scelta già fatta e di assegnare conseguentemente la gestione del servizio alla società mista SIE.
- detto modello societario, infatti, per la composizione della sua parte pubblica (apertura a tutti gli Enti consorziati) e per la regolamentazione dei rapporti tra parte pubblica e imprenditore privato risultante dallo statuto sociale, garantisce il corretto e utile svolgimento della gestione del servizio affidato.

L'impostazione del TAR non sembra condivisibile, in quanto come esattamente rilevato dagli appellanti, il termine del 31 marzo 2004 (come stabilito nella deliberazione 4/2004) era, per dato letterale inequivocabile, essenziale.

Le deliberazioni assembleari 7/2004 e 2/2005 sono chiaramente innovative e non confermative, modificando la originaria determinazione, che imponeva di seguire, dopo il 31 marzo 2004, il diverso modulo organizzatorio dell'art. 113 comma 5 lett. a) del D.Lgs. 267/2000 (conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica).

In quanto tali si tratta di determinazioni che potevano essere assunte dall'Assemblea, solo previa valutazione della modifica temporale e con adeguata motivazione.

In proposito va ricordato l'indirizzo comunitario secondo cui l'affidamento diretto di un servizio pubblico è in via generale contrario ai principi della concorrenza e della evidenza pubblica e le relative eccezioni devono essere interpretate restrittivamente e adeguatamente giustificate.

A fronte di una determinazione, ormai operativa dopo il 31 marzo 2004, di procedere a gara pubblica tra gli operatori del settore, si sarebbe dovuto quanto meno approfondire la questione e procedere ad una formale, motivata, modifica in autotutela della precedente determinazione.

Per contro il Consorzio si è limitato a ribadire la utilità della scelta derogatoria, mentre le ragioni giustificative evidenziate dal TAR (in particolare sopravvenuto giudizio di costituzionalità sull'art. 113) non sono in alcun modo espresse negli atti in vertenza.

3. Per le stesse ragioni appaiono fondati anche alcuni profili delle censure sub n. VII del ricorso introduttivo e sub II.6 dei motivi aggiunti avanti al TAR, laddove si fa valere quale vizio inficiante la deliberazione provinciale n. 37/2004 incompetenza; sviamento, difetto di motivazione, eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità e contraddittorietà (nonchè nei motivi aggiunti violazione dell'art. 113 D.Lgs. 267/2000) con conseguente illegittimità degli atti conseguenti.

Come esattamente dedotto dai ricorrenti la delibera provinciale di costituzione della S.I.E., intervenuta dopo la scadenza del 31 marzo 2004, nella sostanza concreta un illegittimo condizionamento (da parte della Provincia) delle determinazioni di competenza consortile. La delibera provinciale si sottolinea nelle richiamate censure ha una caratteristica invero singolare: è costruita sulla presunzione che soggetti estranei all'ente non possano che uniformarsi alla volontà dello stesso.

Osserva il Collegio, con la pienezza dell'approfondimento normativo demandata al giudice, che le norme statutarie del Consorzio demandano allo stesso e più precisamente alla Assemblea le scelte in ordine alla forma di gestione del servizio idrico integrato e delle procedure da seguire per l'affidamento dello stesso e l'affidamento al soggetto individuato con le procedure predette (cfr. artt. 4 e 8 della statuto del Consorzio).

Questi rilievi escludono ad avviso del Collegio che una società mista potesse essere preconstituita dalla Provincia come soggetto affidatario del servizio idrico integrato di cui trattasi (ancorchè la scelta del partner privato fosse demandata a procedure ad evidenza pubblica), prescindendo da una seconda gara aperta a tutti gli operatori del settore e delegando la procedura di scelta del partner privato al Consorzio al fuori dei necessari riferimenti normativi, statutari e convenzionali.

III

1. Queste considerazioni introducono all'approfondimento della seconda questione posta dall'appello e dai corrispondenti motivi di primo grado, quella della legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico (nella specie il servizio idrico integrato) ad una società mista a prevalente capitale pubblico, con partner privato scelto in esito a procedura ad evidenza pubblica ex art. 113 comma 5 del D.Lgs. 267/2000.

Viene da ultimo in rilievo la deliberazione n. 2 del 13 gennaio 2005, con la quale, su proposta del Consiglio di amministrazione (delibera n. 1 in data 13 gennaio 2005) l'Assemblea Consorzio ATO

- ha dato atto che la precedente gara era andata deserta e che l'affidamento già deliberato a favore della S.I.E. deve ritenersi, anche in virtù della presente delibera, definitivamente inefficace;
- ha confermato l'utilità della scelta di affidare a società mista il servizio a norma dell'art. 113 comma 5 lettera b);
- sulla base della delega conferita dal Consiglio provinciale di Catania con delibera 37/2004, ha stabilito di rinnovare la gara, individuando le competenze in ordine agli adempimenti esecutivi.

2. La questione centrale è quella posta (oltre che dal motivo III del ricorso introduttivo) dal motivo aggiunto II.3) avanti al TAR nel quale si deduceva violazione dell'art. 113 D.Lgs. 267/2000; violazione dei principi comunitari in materia di concorrenza, di appalti di servizi e di concessioni di pubblici servizi; eccesso di potere per violazione delle linee di indirizzo dettate dall'autorità competente ex art. 113 comma 5 lett. b) del D.Lgs. 267/2000; eccesso di potere per sviamento; violazione della par condicio e difetto di motivazione sotto altro profilo;

Sostenevano i ricorrenti, richiamando anche pronunce della Corte di giustizia europea, che non vi erano i presupposti per l'affidamento diretto del servizio alla società mista S.I.E., ancorchè fosse prevista per la individuazione del socio privato una procedura ad evidenza pubblica.

Il TAR ha disatteso la doglianza, ritenendo corretta una esegesi del diritto comunitario secondo cui:

- per la scelta del socio privato occorre seguire una procedura di evidenza pubblica;
- non occorre seguire la procedura di evidenza pubblica per l'affidamento alla società mista dell'appalto cui è finalizzata la costituzione della società, se per la scelta del socio privato si è seguita procedura similare;
- per gli ulteriori affidamenti a società mista, occorre seguire le procedure di evidenza pubblica.

Osserva il Collegio che il comma 5 dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000 (come sostituito dall'articolo 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269) stabilisce che l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

La tripartizione nelle modalità nell'affidamento del servizio non sembra trovare riscontri nel diritto comunitario, al quale è estraneo un trattamento diversificato in favore delle società miste rispetto alle regole della piena concorrenza e quindi della partecipazione ad una gara specifica per ottenere l'affidamento di un pubblico servizio.

Alla stregua dei principi affermati dalla Corte di giustizia europea, infatti all'affidamento dei servizi alle società miste, ancorchè inquadrabile tra le concessioni di servizi pubblici, è applicabile la normativa comunitaria costituita dalle norme del Trattato (artt. 43 e 49) e, per gli appalti specificamente, dalla direttiva che coordina le procedure di aggiudicazione dei pubblici di servizi n. 92/50/CEE del 18 giugno 1992.

È stato in particolare affermato che nel caso in cui un'autorità aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso riguardante servizi che rientrano nell'ambito di applicazione materiale della direttiva 92/50

con una società giuridicamente distinta da essa, nel capitale della quale detiene una partecipazione con una o più imprese private, le procedure di appalto pubblico previste da tale direttiva devono in ogni caso essere applicate (cfr. da ultimo, Corte di giustizia europea, Sez. I, 10 novembre 2005 n. C-29/04).

Tale normativa non si applica solo quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale fra l'Amministrazione aggiudicatrice e la società affidataria del servizio, come nel caso (secondo le definizioni usate dalla Corte di giustizia) di delegazione interorganica o di servizio affidato in via eccezionale in house.

A quest'ultimo proposito si è affermato che l'esperimento di una gara, secondo i principi della concorrenza - per un temperamento connesso alla facoltà di procedere in autoproduzione del servizio da parte della Amministrazione - non è obbligatorio anche se la controparte contrattuale è un ente giuridicamente distinto dall'autorità aggiudicatrice, sempreché questa eserciti sull'ente distinto un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e in cui tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano (cfr., tra le altre, già Corte di giustizia europea, 18 novembre 1999, C-107/98; e più di recente 11 gennaio 2005, causa C-26/03 e 10 novembre 2005 n. C-29/04).

Al di fuori di tali ipotesi, l'affidamento del servizio deve avvenire con gara ad evidenza pubblica.

In relazione a tali principi sembra doversi pervenire ad una interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113 comma 5 lett. b), nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio.

Nel diritto comunitario, quanto alle società miste, dunque sembrano evidenziarsi come necessarie le due gare.

Da un lato, infatti, inquadrando la fattispecie nel partenariato pubblico/privato equiparabile alle concessioni, si configura tale obbligo per la scelta del socio secondo le regole ed i principi previsti dal diritto comunitario per le concessioni.

Tale esigenza è stata acquisita da tempo anche dalla giurisprudenza nazionale, essendosi affermato che, indipendentemente dalla esistenza nell'ordinamento di una specifica norma atta a disciplinare la scelta, da parte dell'ente locale, del socio imprenditore privato nelle società miste di servizi a capitale pubblico maggioritario, tale scelta non può sottrarsi ai principi concorrenziali dell'evidenza pubblica, ormai immanenti nell'ordinamento stesso (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2835).

Dall'altro, dopo tale gara, per l'acquisizione del servizio le società ne devono affrontare una seconda, alla quale possono partecipare tutti i soggetti interessati, in possesso dei relativi requisiti, operanti nel settore.

In un quadro giurisprudenziale in generale incline ad escludere la necessità della seconda gara (cfr. da ultimo Consiglio Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272) sembrano emergere opinioni dottrinali di segno contrario ad avviso del Collegio condivisibili.

A questo proposito è stato rilevato che:

- configura una restrizione del mercato e della concorrenza l'obbligo per l'imprenditore di conseguire l'affidamento di un servizio, solo entrando in una società, per molti versi anomala, con l'amministrazione;
- la procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio non è sovrapponibile, quanto ai contenuti e alle finalità, a quella per l'affidamento del servizio; la prima è preordinata alla selezione del socio privato in possesso dei requisiti non solo tecnici ed organizzativi, ma anche e soprattutto finanziari, tali da assicurare l'apporto più vantaggioso nell'ingresso nella compagine sociale; la seconda è invece esclusivamente diretta alla scelta del soggetto che offra maggiori garanzie per la gestione del servizio pubblico;
- il sistema di affidamento diretto alla società mista (sia pure dopo scelta tramite procedura ad evidenza del socio privato) concreterebbe nella sostanza un affidamento in house al di fuori dei requisiti richiesti dal diritto comunitario;
- se, infatti, un'impresa privata detiene delle quote nella società aggiudicataria occorre presumere che l'autorità aggiudicatrice non possa esercitare su tale società «un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi»; una partecipazione minoritaria di un'impresa privata è quindi sufficiente ad e-

scudere l'esistenza di un'operazione interna (cfr., anche per i richiami in essa contenuti, Corte di giustizia europea, sez. I, 10 novembre 2005 n. C-29/04).

In conclusione dunque la costituzione di una società mista (con partner scelto dopo gara) non esime dalla evidenza pubblica le procedure di affidamento del servizio.

Nella specie gli atti in vertenza, nel preconstituire un diretto affidamento del servizio alla società mista S.I.E. (volontà presente anche nella delibera assembleare 2/2005, che si limita solo a prevedere la formalizzazione dell'affidamento ad un momento successivo allo espletamento della gara per la scelta del socio) appaiono illegittimi.

3. Per le ragioni che precedono - assorbite ogni altra censura ed eccezione - come da motivazione l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto nei confronti degli odierni appellanti l'originario ricorso, con i relativi motivi aggiunti, proposto avanti al TAR Sicilia, Sezione staccata di Catania.

Va quindi disposto l'annullamento dei seguenti atti:

- deliberazione consiliare n. 37 del 17 agosto 2004 della Provincia Regionale di Catania;
- deliberazioni 7, 8 e 9 del 13 settembre 2004 dell'Assemblea del Consorzio ATO 2 di Catania;
- deliberazione n. 2 in data 13 gennaio 2005, dell'Assemblea del Consorzio ATO;
- deliberazioni n. 1 e n. 2 in data 13 gennaio 2005 del Consiglio di Amministrazione del Consorzio.

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede giurisdizionale accoglie l'appello come da motivazione.

Compensa le spese dei due gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 15 marzo 2006, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede giurisdizionale, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Pier Giorgio Trovato, estensore, Giorgio Giaccardi, Antonino Corsaro, Francesco Teresi, componenti.

F.to: Riccardo Virgilio	Presidente
F.to: Pier Giorgio Trovato	Estensore
F.to: Loredana Lopez	Segretario

Depositata in segreteria
il 27 ottobre 2006

TAR Calabria Catanzaro, Sez. II, Sentenza n. 76 del 15/2/2007

Servizi pubblici locali - servizio idrico integrato - affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato - nel caso di soci privati scelti con procedura ad evidenza pubblica – legittimità.

È legittimo, ai sensi dell'art. 113, comma 5, del d. lgv. n. 267/2000, come introdotto dall'art. 14 del d. lgv. n. 269/2003, la cui lettera b) autorizza l'affidamento diretto di servizi pubblici locali a favore di "società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche", l'affidamento (nella specie, del servizio idrico integrato) avvenuto a favore di S.p.a. a partecipazione prevalente pubblica, al cui capitale partecipano soci privati scelti con procedura ad evidenza pubblica.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CALABRIA – CATANZARO
Sezione seconda,

composto dai signori magistrati:

Dr. Pierina BIANCOFIORE – Presidente ff.

Dr. Giuseppe CHINE' – Giudice rel.

Dr. Carlo DELL'OLIO – Giudice

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi:

n. 400/2005, proposto da I.M.P.E.C. S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Abenavoli e Vittorio Chiriano, elettivamente domiciliata in Catanzaro, Vico I Indipendenza n. 1, presso lo studio del secondo difensore,

contro

l'Ente d'Ambito ATO Calabria 3 di Crotona, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Megna e Francesco Scalzi, elettivamente domiciliato in Catanzaro, via Purificato n. 18, presso lo studio del secondo difensore,

nei confronti di

Amministrazione Provinciale di Crotona, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Patrizia Campana e Francesco Scalzi, elettivamente domiciliata in Catanzaro, via Purificato n. 18, presso lo studio del secondo difensore,

Comuni di: Belvedere di Spinello, Cuccari, Carfizzi, Casabona, Castelsilano, Cerenzia, Cirò Marina, Cotronei, Crotona, Crucoli, Cutro, Isola di Capo Rizzuto, Melissa, Mesoraca, Pallagorio, Petilia Policastro, Roccabernarda, Rocca di Neto, San Mauro Marchesato, San Nicola dell'Alto, Santa Severina, Savelli, Scandale Strangoli, Umbriatico, Verzino, tutti in persona dei rispettivi Sindaci pro-tempore, n.c.g.,

AKROS S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Stella Richter, Pasquale Di Rienzo e Stanislao De Santis, selettivamente domiciliata in Catanzaro v. Indipendenza n. 21, presso lo studio dell'avv. Francesca Attinà,

per l'annullamento

- della nota prot. 330 del 25.03.2005 con la quale il Presidente dell'ATO 3 Calabria ha comunicato alla ricorrente la scadenza del 31.03.2005 dell'affidamento del servizio integrato di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di depurazione e degli impianti di sollevamento delle reti fognarie afferenti gli impianti stessi nel territorio della Regione Calabria – ATO 3 di Crotona;
- del provvedimento prot. 350 dell'1.04.2005 con cui il Presidente dell'ATO 3 Calabria ha disposto la consegna di tutti gli impianti gestiti dalla ricorrente;
- della nota prot. 352 del 1.04.2005 con cui il Presidente dell'ATO 3 Calabria ha convocato la Conferenza dei Sindaci;
- della deliberazione della Conferenza dei Sindaci dell'8.04.2005 con la quale è stata affidata, senza procedura di evidenza pubblica, la gestione del servizio alla società mista AKROS S.p.a. nelle more dell'espletamento della gara pubblica;

e per la condanna

delle Amministrazioni resistenti al risarcimento dei danni subiti e subendi, scaturenti dagli atti illegittimi impugnati;

n. 691/2005, proposto da I.M.P.E.C. S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Abenavoli e Vittorio Chiriano, elettivamente domiciliata in Catanzaro, Vico l'Indipendenza n. 1, presso lo studio del secondo difensore,

CONTRO

l'Ente d'Ambito ATO Calabria 3 di Crotona, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Megna e Francesco Scalzi, elettivamente domiciliato in Catanzaro, via Purificato n. 18, presso lo studio del secondo difensore,

nei confronti di

Amministrazione Provinciale di Crotona, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Patrizia Campana e Francesco Scalzi, elettivamente domiciliata in Catanzaro, via Purificato n. 18, presso lo studio del secondo difensore, Comuni di: Belvedere di Spinello, Cuccari, Carfizzi, Casabona, Castelsilano, Cerenzia, Cirò Marina, Cotronei, Crotona, Crucoli, Cutro, Isola di Capo Rizzuto, Melissa, Mesoraca, Pallagorio, Petilia Policastro, Roccabernarda, Rocca di Neto, San Mauro Marchesato, San Nicola dell'Alto, Santa Severina, Savelli, Scandale Strangoli, Umbriatico, Verzino, tutti in persona dei rispettivi Sindaci pro-tempore, n.c.g., AKROS S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Stella Richter, Pasquale Di Rienzo e Stanislao De Santis, selettivamente domiciliata in Catanzaro v. Indipendenza n. 21, presso lo studio dell'avv. Francesca Attinà, LICO SANTO S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, n.c.g.,

per l'annullamento

- della deliberazione della Conferenza dei Sindaci n. 3 dell'8.04.2005, del bando di gara per l'affidamento del servizio di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di depurazione e degli impianti di sollevamento delle reti fognarie afferenti ubicati nella Provincia di Crotona affisso all'Albo pretorio della Provincia di Crotona in data 5.05.2005, prot. 15848 nonché del capitolato approvato con la predetta deliberazione n. 3/2005,
- dei provvedimenti di aggiudicazione nonché di affidamento a trattativa privata in favore di AKROS S.p.a. e LICO SANTO S.r.l.

Visti i ricorsi introduttivi, con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti proposti in entrambi i ricorsi, con i relativi allegati;

Viste le memorie di costituzione, con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Designato relatore, in entrambi i ricorsi, per l'udienza del 7.12.2006 il giudice dr. Giuseppe Chiné;

Uditi gli avvocati delle parti come da relativo verbale;

FATTO

Con il primo dei ricorsi in epigrafe, la I.M.P.E.C. S.p.a., quale gestore del servizio integrato di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di depurazione e degli impianti di sollevamento delle reti fognarie afferenti gli impianti siti nel territorio della Regione Calabria – A.T.O. 3 Crotona, ha impugnato: a) la nota prot. 330 del 25.03.2005 con la quale il Presidente dell'ATO 3 Calabria ha comunicato alla ricorrente la scadenza del 31.03.2005 dell'affidamento del servizio integrato di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di depurazione e degli impianti di sollevamento delle reti fognarie afferenti gli impianti stessi nel territorio della Regione Calabria – ATO 3 di Crotona; b) il provvedimento prot. 350 dell'1.04.2005 con cui il Presidente dell'ATO 3 Calabria ha disposto la consegna di tutti gli impianti gestiti dalla ricorrente; c) la nota prot. 352 del 1.04.2005 con cui il Presidente dell'ATO 3 Calabria ha convocato la Conferenza dei Sindaci; d) la deliberazione della Conferenza dei Sindaci dell'8.04.2005 con la quale è stata affidata, senza procedura di evidenza pubblica, la gestione del servizio alla società mista AKROS S.p.a. nelle more dell'espletamento della gara pubblica.

A sostegno del proposto gravame ha dedotto di essere stata aggiudicataria della gara bandita dal Commissario Delegato per l'Emergenza Ambientale nel Territorio della Regione Calabria ex O.P.C.M. n. 2696 del 21.10.1997 per l'affidamento del servizio integrato di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di depurazione e di sollevamento delle reti fognarie nel territorio dell'A.T.O. 3 Crotona, e di aver stipulato il relativo contratto in data 28.10.2000. Tale contratto è stato più volte prorogato, da ultimo con ordinanza commissariale n. 2816 del 19.12.2003, sino al 30.09.2004, e con nota del 1°10.2004 del Presidente dell'A.T.O. 3, successiva alla conferenza dei sindaci della predetta A.T.O. del 30.09.2004, sino al 31.03.2005.

Nell'approssimarsi della scadenza del rapporto contrattuale del 31.03.2005, la ricorrente, con nota prot. 184 del 23.03.2005, ha manifestato la propria disponibilità alla prosecuzione della gestione alle medesime condizioni contrattuali già in essere.

Con nota prot. 330 del 25.03.2005, il Presidente dell'A.T.O. 3 di Crotona, nel riscontrare la nota della ricorrente, ha comunicato la imminente scadenza del rapporto contrattuale al 31.03.2005, precisando che a tale ultima data l'A.T.O. sarebbe subentrata nel servizio, anche mediante affidamenti parziali di attività connesse alla gestione degli impianti di depurazione e di sollevamento.

Con nota prot. 350 del 1°04.2005, il Presidente dell'A.T.O. 3, anche nella qualità di Presidente della Provincia di Crotona, ha intimato alla ricorrente di consegnare tutti gli impianti utilizzati per la gestione del servizio integrato. Con nota prot. 352 in pari data, ha convocato la conferenza dei Sindaci dell'A.T.O. per il 6.04.2005, chiamandola a deliberare, tra l'altro, sull'affidamento temporaneo della gestione degli impianti di depurazione e di sollevamento nonché sull'indizione della gara per l'affidamento per un periodo di mesi sei del servizio di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di depurazione e di sollevamento delle reti fognarie afferenti agli impianti stessi, nel territorio della Provincia di Crotona.

La conferenza dei Sindaci, tenutasi in data 8.04.2005, ha deliberato di procedere all'affidamento diretto del predetto servizio alla AKROS S.p.a., società mista a prevalente partecipazione pubblica.

Avverso gli atti impugnati, la ricorrente ha sollevato una pluralità di censure, deducendo l'illegittimità di affidamenti aventi ad oggetto non la gestione del servizio idrico integrato, bensì di servizi parziali e frammentari, nonché la violazione della disciplina comunitaria vigente in virtù dell'affidamento diretto alla controinteressata in assenza di gara e senza adeguata verifica dei requisiti minimi necessari per l'esecuzione del servizio.

Con motivi aggiunti depositati il 28.3.2005, la ricorrente ha inoltre impugnato l'offerta della controinteressata Akros S.p.a. dell'8.04.2005 nonché la deliberazione della Conferenza dei Sindaci n. 2 dell'8.04.2005, riproponendo le medesime censure già contenute nel ricorso introduttivo.

Si sono costituiti in giudizio l'A.T.O. 3 di Crotona, l'Amministrazione Provinciale di Crotona e l'Akros S.p.a., instando per l'inammissibilità e l'infondatezza nel merito del proposto gravame.

Con ordinanza n. 371/2005 del 9.06.2005, il Collegio ha respinto la domanda cautelare di sospensione dei provvedimenti gravati.

Con il secondo dei ricorsi in epigrafe, la ricorrente ha impugnato: a) la deliberazione n. 3 dell'8.04.2005 adottata dalla Conferenza dei Sindaci dell'A.T.O. 3 di Crotona, conosciuta dalla ricorrente in data 4.05.2005; b) il bando di gara per l'affidamento del servizio di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di depurazione e degli impianti di sollevamento delle reti fognarie afferenti ubicati nella Provincia di Crotona, affisso all'Albo pretorio della Provincia di Crotona in data 5.05.2005, prot. 15848; c) il capitolato d'oneri approvato dalla Conferenza dei Sindaci con deliberazione n. 3 dell'8.04.2005. Avverso tali atti, in parte ha riproposto censure analoghe a quelle già formulate con il primo ricorso, in parte censure nuove.

Con motivi aggiunti depositati il 22.12.2005, la ricorrente ha inoltre impugnato gli atti, non conosciuti, di aggiudicazione ed affidamento a trattativa privata della gara per l'affidamento del servizio di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di depurazione e degli impianti di sollevamento delle reti fognarie afferenti ubicati nella Provincia di Crotona in favore di Akros S.p.a. e Lico Santo S.r.l., denunciando le medesime censure già formulate con il ricorso introduttivo del giudizio.

Si sono costituiti anche nel predetto giudizio l'A.T.O. 3 di Crotona, l'Amministrazione Provinciale di Crotona e l'Akros S.p.a., instando per l'inammissibilità e l'infondatezza nel merito del proposto gravame.

All'esito dell'udienza pubblica di discussione di entrambi i ricorsi in epigrafe, con ordinanza n. 32/2006 del 7.04.2006, il Collegio ha: a) disposto la riunione dei ricorsi; b) richiesto documenti e documentati chiarimenti al Presidente dell'A.T.O. 3 di Crotona; c) rinviato per l'ulteriore trattazione dei ricorsi all'udienza pubblica del 7.12.2006.

I suindicati documenti e documentati chiarimenti sono stati trasmessi con nota prot. 657 del 6.06.2006, pervenuta alla Segreteria del T.A.R. il 14.06.2006.

All'udienza pubblica del 7.12.2006, sentiti i difensori delle parti costituite come da verbale, i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Deve essere preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi in epigrafe, sussistendo evidenti ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva.

2.1 Passando all'esame del merito dei proposti gravami, il primo ricorso introduttivo si palesa inammissibile con riferimento all'impugnativa delle note prot. 330 del 25.03.2005 e prot. 350 dell'1.04.2005.

2.2 Con la nota prot. 330 del 25.03.2005, avente ad oggetto "Gestione unitaria impianti di depurazione e sollevamento ATO 3 Provincia di Crotona, il Presidente dell'A.T.O. 3 di Crotona ha comunicato alla ricorrente che "la proroga del servizio scade a tutti gli effetti il 31.03.2005".

Risulta, invero, documentalmente provato che la ricorrente, originaria affidataria del servizio integrato di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di depurazione e degli impianti di sollevamento delle reti fognarie afferenti agli impianti stessi nel territorio dell'A.T.O. 3 di Crotona, in virtù di aggiudicazione di gara bandita dal Commissario Delegato per l'Emergenza Ambientale nel territorio della Regione Calabria (contratto del 28.10.2000), ha usufruito di una pluralità di proroghe del predetto rapporto contrattuale sino alla scadenza del 31.03.2005. Più in particolare, con nota prot. 717 del 1°.10.2004, il Presidente dell'A.T.O. 3 di Crotona ha comunicato alla ricorrente che con deliberazione della Conferenza dei Sindaci, adottata nella seduta del 30.09.2004, era stata decisa l'ulteriore proroga del contratto, dal 1°.10.2004, per quattro mesi,"con

possibilità di ulteriore proroga di altri due mesi”, “dando mandato al dirigente della STO di procedere alla sottoscrizione del contratto relativo”.

In virtù della menzionata deliberazione della Conferenza dei Sindaci dell'A.T.O. 3 di Crotona, ritualmente partecipata alla ricorrente, è stato pertanto deciso di prorogare sino al 31.03.2005 il rapporto contrattuale in essere con il gestore del servizio integrato.

Ne consegue, per quanto quivi rileva, che la ricorrente, all'atto della ricezione della nota prot. 330/2005, era perfettamente a conoscenza dell'ultima scadenza contrattuale fissata dalla Conferenza dei Sindaci, né poteva vantare alcun titolo, giuridicamente rilevante, ad una ulteriore proroga del rapporto contrattuale.

In altri termini, a fronte della richiesta di ennesima proroga, l'interesse della ricorrente assurgeva ad interesse di mero fatto, privo di consistenza giuridica e non azionabile in sede giurisdizionale.

A ciò deve essere aggiunto, da affatto diverso punto di osservazione, che la nota prot. 330/2005, ha un contenuto di mera comunicazione e partecipazione di fatti già conosciuti dalla ricorrente (scadenza contrattuale al 31.03.2005). Non trattandosi di atto contenente una determinazione di volontà dell'Amministrazione, la sua impugnazione si palesa, anche sotto detto profilo, inammissibile.

2.3 Del pari inammissibile, per ragioni in parte analoghe, si palesa l'impugnazione della nota prot. 350 dell'1.04.2005, con la quale il Presidente dell'A.T.O. 3 di Crotona, intervenuta la scadenza del rapporto contrattuale con la ricorrente, ha chiesto a quest'ultima di consegnare all'A.T.O. gli impianti di sollevamento e depurazione in precedenza gestiti.

Ed invero, le censure mosse con il ricorso introduttivo non riguardano direttamente l'atto predetto, bensì la scelta successiva dell'A.T.O. 3 di Crotona di affidare la gestione del servizio di depurazione delle acque reflue alla Akros S.p.a.

Ne discende che, assurgendo la nota prot. 350/2005 ad atto meramente consequenziale dell'intervenuta scadenza contrattuale del 1°03.2005 e non essendoci alcuna censura riguardante direttamente la nota predetta, il ricorso si palesa inammissibile.

3. Il medesimo gravame si palesa, invece, infondato con riferimento alle censure mosse nei riguardi della nota prot. 352 del 1.04.2005, di convocazione della Conferenza dei Sindaci per la seduta del 6.04.2005, nonché della deliberazione della Conferenza dei Sindaci n. 2 dell'8.04.2005, con la quale è stata affidata alla Akros S.p.a. la gestione delle attività “di manutenzione ordinaria e straordinaria di tutti gli impianti di depurazione e di sollevamento facenti capo a questo ATO” per un periodo non eccedente sessanta giorni, in attesa di procedere all'affidamento, per la durata di mesi sei, mediante procedura ad evidenza pubblica del medesimo servizio.

3.2 Secondo la prospettazione della ricorrente, l'A.T.O. 3 di Crotona non avrebbe potuto, da un lato, affidare un solo segmento del Servizio Idrico Integrato, dall'altro omettere di bandire una procedura ad evidenza pubblica per detto affidamento.

Entrambi i profili di censura si palesano privi di fondamento.

3.3 Il primo profilo, al di là di ogni considerazione in ordine alla stessa ammissibilità della censura, dedotta da società che ha gestito un solo segmento del servizio idrico integrato ex lege n. 36/1994 in virtù di affidamento del Commissario Straordinario per l'Emergenza Ambientale e che, come di seguito si preciserà, non ha partecipato alla gara bandita per l'affidamento per il periodo di sei mesi del servizio di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di depurazione e sollevamento delle reti fognarie afferenti agli impianti presenti sul territorio dell'A.T.O. 3 di Crotona, contrasta con la lettera dell'art. 9, 4° comma, della legge n. 36/1994, secondo cui “i comuni e le province possono provvedere alla gestione integrata del servizio idrico anche con una pluralità di soggetti e di forme di cui al comma 2”.

3.4 Il secondo profilo, al quale la ricorrente riconduce la presunta violazione della normativa comunitaria e nazionale in materia di gare pubbliche, contrasta apertamente con la lettera dell'art. 113, comma 5, del d. lgv. n. 267/2000, come introdotto dall'art. 14 del d. lgv. n. 269/2003, la cui lettera b) autorizza l'affidamento diretto di servizi pubblici locali a favore di “società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato ven-

ga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche".

Nel caso di specie, l'affidamento, seppur per un periodo di soli due mesi, è avvenuto a favore della Akros S.p.a., società a partecipazione prevalente pubblica (Comuni del territorio della Provincia di Crotona nonché Amministrazione Provinciale di Crotona), al cui capitale partecipano i soci privati Salvaguardia Ambientale S.p.a. e Sovreco S.p.a., nella misura del 22,76% ciascuno. Tali ultimi soci, sono stati scelti con procedura ad evidenza pubblica, come chiaramente indicato nella parte espositiva della deliberazione impugnata.

Ne discende l'assoluta legittimità del predetto affidamento, nel ricorso delle condizioni stabilite dall'art. 113, 5° comma, lettera b) del d. lgv. n. 267/2000, nel testo sopra richiamato.

3.5 Del pari infondata si palesa l'ultima censura, con la quale la ricorrente ha dedotto l'assenza dei requisiti tecnici per la gestione del servizio di impianti di depurazione e sollevamento di reflui in capo alla controinteressata.

In disparte ogni considerazione in ordine alla evidente genericità della censura, come prospettata dalla ricorrente, la sua infondatezza discende dalla nota prot. 954 del 5.06.2003, della Camera di Commercio di Catanzaro, dalla quale si evince che la Akros S.p.a. ha titolo per la gestione degli impianti di depurazione che trattano acque reflue industriali, nonché dai contratti versati in atti relativi la gestione da parte della controinteressata di impianti di depurazione per amministrazioni pubbliche locali del territorio della Provincia di Crotona.

4.1 Il ricorso per motivi aggiunti proposto nell'ambito del primo gravame si palesa inammissibile.

4.2 Con detto ulteriore gravame, la ricorrente ha impugnato l'offerta della Akros S.p.a. dell'8.04.2005, assunta a protocollo dell'A.T.O. lo stesso giorno in cui si è tenuta la Conferenza dei Sindaci che ha disposto l'affidamento diretto in favore della controinteressata, nonché la deliberazione della predetta Conferenza dei Sindaci già oggetto del ricorso introduttivo.

A sostegno dell'ulteriore atto di gravame, ha in gran parte riproposto le censure contenute nel ricorso introduttivo, ed ha denunciato una sola nuova censura con la quale la dedotto un presunto difetto di istruttoria da cui sarebbe affetta la deliberazione della Conferenza dei Sindaci n. 2/2005.

L'inammissibilità del gravame riferito all'offerta della controinteressata discende con immediatezza dalla natura privatistica dell'atto impugnato.

Del pari inammissibile si palesa la nuova impugnazione della deliberazione della Conferenza dei Sindaci, trattandosi di atto già oggetto di ricorso introduttivo, tenuto conto del fatto che l'unica censura nuova mossa con i motivi aggiunti era certamente proponibile con quest'ultimo ricorso. Detta censura è pertanto tardiva.

5. In sintesi, il primo dei ricorsi in epigrafe deve essere dichiarato in parte inammissibile, in parte infondato, nei termini sopra precisati.

6. Deve essere, invece, respinta la domanda di risarcimento danni genericamente formulata dalla ricorrente, non essendo stata raggiunta la prova né dell'illegittimità degli atti oggetto di gravame, né degli altri elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria.

7.1 Si palesano, infine, inammissibili, il secondo ricorso introduttivo e quello successivo per motivi aggiunti.

7.2 Con i predetti atti di gravame, la I.M.P.E.C. S.p.a. ha impugnato, rispettivamente, la deliberazione della Conferenza dei Sindaci n. 3 dell'8.04.2005, il bando per l'affidamento semestrale del servizio di conduzione, manutenzione, controllo e custodia degli impianti di sollevamento delle reti fognarie nel territorio dell'A.T.O. 3 di Crotona ed il capitolato d'oneri relativo detto affidamento, nonché – con i motivi aggiunti – gli atti di aggiudicazione in favore di Akros S.p.a. e Lico Santo S.p.a.

Come correttamente dedotto dalla difesa della controinteressata, la ricorrente non ha presentato domanda di partecipazione alla gara bandita dall'A.T.O. 3 di Crotona con la deliberazione della Conferenza dei Sindaci n. 3/2005 oggetto di gravame, di talché non ha alcun interesse, qualificato e differenziato, all'annullamento degli atti di gara, e tra questi dei provvedimenti di aggiudicazione impugnati con i motivi aggiunti.

È, difatti, evidente che, in caso di accoglimento dei proposti gravami, la ricorrente non riceverebbe alcuna utilità specifica, non potendo pretendere l'aggiudicazione dei lotti, né avendo titolo, come già evidenziato, per ulteriori proroghe del servizio originariamente gestito (cfr. ex multis, T.A.R. Campania, sez. I, 20 giugno 2006, n. 7088; T.A.R. Lazio, sez. II, 1° aprile 2006, n. 2258; T.A.R. Abruzzo, 28 febbraio 2006, n. 96; T.A.R. Piemonte 12 gennaio 2006, n. 85).

8. Per la parziale novità delle questioni scrutinate sussistono comunque giusti motivi per compensare integralmente tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria – Catanzaro – Sez. II – previa riunione dei ricorsi in epigrafe, in parte li dichiara inammissibili, in parte li respinge, nei termini meglio precisati in motivazione.

Compensa integralmente spese, diritti ed onorari di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Catanzaro, nella camera di consiglio del 7 dicembre 2006.

L'Estensore Il Presidente

Il Segretario

Depositata in segreteria il 15 febbraio 2007

Consiglio di Stato — Adunanza della Sezione SECONDA
parere n. 2007/456 del 18 aprile 2007 (integrazione al parere 3162/2006)

OGGETTO:MINISTERO DELLE POLITICHE AGRICOLE E FORESTALI - Quesito in merito alla possibilità che l'AGEA (Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura) possa affidare alla società SIN la gestione del SIAN (Sistema Informativo Agricolo Nazionale). Integrazione del parere n. 3162/06.

Vista la relazione del 2 febbraio 2007, con la quale il Ministero delle politiche agricole e forestali (Dipartimento delle Politiche di Sviluppo) ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sul quesito in oggetto, anche al fine di un riesame di quanto affermato con il precedente parere n. 3162/06, reso da questa Sezione nell'adunanza del 13 dicembre 2006;

Esaminati gli atti ed udito il relatore-estensore, consigliere Luigi Carbone;

PREMESSO E CONSIDERATO:

1. La legge 4 giugno 1984, n. 194, autorizza il Ministro dell'Agricoltura e delle Foreste ad impiantare un sistema informativo agricolo nazionale attraverso la stipula di una o più convenzioni con società a prevalente partecipazione statale. In particolare, il primo comma dell'art. 15 dispone che: "Ai fini dell'esercizio delle competenze statali in materia di indirizzo e coordinamento delle attività agricole e della conseguente necessità di acquisire e verificare tutti i dati relativi al settore agricolo nazionale, il ministro della agricoltura e delle foreste è autorizzato all'impianto di un sistema informativo agricolo nazionale attraverso la stipula di una o più convenzioni con società a prevalente partecipazione statale, anche indiretta, per la realizzazione, messa in funzione ed eventuale gestione temporanea di tale sistema informativo in base ai criteri e secondo le direttive fissate dal ministro medesimo."

È stato a tal fine costituito il SIAN (Servizio Informativo Agricolo Nazionale).

Con il decreto legislativo n. 99 del 2004, i compiti di coordinamento e gestione del SIAN sono stati trasferiti all'AGEA (Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura), la quale è subentrata in tutti i rapporti attivi e passivi e alla quale sono state trasferite le risorse finanziarie, umane e strumentali (art. 14, commi 9 e 10), fermi i poteri di indirizzo e monitoraggio del Ministero.

In particolare, il comma 9 dispone che: "Al fine di semplificare gli adempimenti amministrativi e contabili a carico delle imprese agricole, fatti salvi i compiti di indirizzo e monitoraggio del Ministero delle politiche agricole e forestali ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 28 marzo 2000, n. 450, sono trasferiti all'AGEA i compiti di coordinamento e di gestione per l'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 15 della legge 4 giugno 1984, n. 194." Ai sensi del successivo comma 10, "L'AGEA subentra, dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, in tutti i rapporti attivi e passivi relativi al SIAN di cui al comma 9. A tale fine sono trasferite all'AGEA le relative risorse finanziarie, umane e strumentali."

Il D.M. 26 ottobre 2005 ha, poi, stabilito le modalità di trasferimento della gestione del SIAN dal Ministero all'AGEA.

Successivamente, il decreto legge n. 182 del 2005, convertito con modificazioni dalla legge n. 231 del 2005, ha integrato l'art. 14 del decreto legislativo n. 99 del 2004, aggiungendovi il comma 10-bis, il quale prevede che "l'AGEA, nell'ambito delle ordinarie dotazioni di bilancio, costituisce una società a capitale misto pubbli-

co-privato, con partecipazione pubblica maggioritaria nel limite massimo pari a 1,2 milioni di euro nell'ambito delle predette dotazioni di bilancio, alla quale affidare la gestione e lo sviluppo del SIAN. La scelta del socio privato avviene mediante l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica ai sensi del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, e successive modificazioni. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato".

Il Consiglio di Amministrazione dell'AGEA, con delibera 25 novembre 2005, n. 124, ha disposto la costituzione della Società SIN s.r.l., con determinazione degli elementi principali dello statuto societario. Il 29 novembre 2005, con atto notarile, è stata costituita la Società SIN s.r.l. con capitale sociale interamente sottoscritto dall'AGEA.

L'AGEA, quindi, ha provveduto alla individuazione del socio privato di minoranza della SIN s.r.l. tramite un'apposita gara, con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea.

2. Con un primo quesito, il Ministero delle Politiche Agricole, quale autorità preposta alla vigilanza sull'AGEA e nell'esercizio dei suoi poteri di indirizzo sul SIAN, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato in ordine alla legittimità di affidamento diretto del servizio in questione alla neo-costituita Società SIN.

Questa Sezione, con il parere n. 3162/06, reso dall'adunanza del 13 dicembre 2006, ha ritenuto che, "nel caso prospettato con il quesito in oggetto", non si rinvergono le due condizioni "per ritenere legittimi affidamenti diretti o in house", come definite "dalla giurisprudenza sia nazionale, sia comunitaria", ovvero: "1) che il servizio sia svolto direttamente dall'Amministrazione ovvero da società sulla quale eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; 2) che la società affidataria realizzi la parte più importante e comunque prevalente della propria attività con l'ente che esercita "il controllo analogo".

Alla stregua di tali considerazioni – sulla base delle prospettazioni effettuate dal Ministero referente – la Sezione ha affermato che la situazione in esame appare "non conforme ai principi della normativa nazionale e comunitaria" esaminati (ovvero quelli relativi all'applicabilità del modello dell'in house providing).

3. Il Ministero delle politiche agricole e forestali (Dipartimento delle Politiche di Sviluppo) chiede, ora, un nuovo pronunciamento di questo Consiglio di Stato sulla questione, affermando che "ad una più attenta considerazione" si rinvergono profili e conseguenze della vicenda "che, nell'originaria richiesta di parere rivolta dal Ministero al Consiglio di Stato in ragione dei rapporti di vigilanza sull'AGEA, non erano state prese in considerazione e che ora da segnalazione della stessa AGEA sono venute ad emergere".

3.1. In particolare, con la nuova richiesta di parere si riferisce che "il punto nodale ... è costituito dalla configurazione dei profili organizzatori dell'AGEA delineati dalla normativa di riferimento ed esattamente dall'art. 14, commi 9, 10 e 10-bis del d.lgs. n. 99 del 29 marzo 2004", sopra riportati, che prevedono il subentro immediato dell'AGEA in tutte le complesse competenze e funzioni del SIAN (quali definite dalla legge n. 194 del 4 giugno 1984, dall'art. 15 del d.lgs. n. 173 del 30 aprile 1998 e, in seguito, dal DM 26 ottobre 2005).

Il Ministero ricorda, innanzitutto, che il SIAN è stato istituito come servizio proposto per l'esercizio delle competenze statali in materia di indirizzo e coordinamento delle attività agricole e della conseguente necessità di acquisire e verificare tutti i dati relativi al settore agricolo nazionale (ai sensi del sopra riportato art. 15 della legge n. 194 del 1984).

Per tali finalità, secondo la previsione del richiamato art. 15, comma 1, del d.lgs. n. 173 del 1998, "Il SIAN, quale strumento per l'esercizio delle funzioni di cui al decreto legislativo 4 giugno 1997, n. 143, ha caratteristiche unitarie ed integrate su base nazionale e si avvale dei servizi di interoperabilità e delle architetture di cooperazione previste dal progetto della rete unitaria della pubblica amministrazione. Il Ministero per le politiche agricole e gli enti e le agenzie dallo stesso vigilati, le regioni e gli enti locali, nonché le altre amministrazioni pubbliche operanti a qualsiasi titolo nel comparto agricolo e agroalimentare, hanno l'obbligo di avvalersi dei servizi messi a disposizione dal SIAN, intesi quali servizi di interesse pubblico, anche per quanto concerne le informazioni derivanti dall'esercizio delle competenze regionali e degli enti locali nelle materie agricole, forestali ed agroalimentari. Il SIAN è interconnesso, in particolare, con l'Anagrafe tributaria del Ministero delle finanze, i nuclei antifrode specializzati della Guardia di finanza e dell'Arma dei carabinieri, l'Istituto nazionale della previdenza sociale, le camere di commercio, industria ed artigianato, secondo quanto definito dal comma 4."

Il comma 2 dello stesso articolo aggiunge che il Sistema Informativo Agricolo Nazionale è unificato con i sistemi informativi di cui all'articolo 24, comma 3, della legge n. 97 del 1994, e all'articolo 1 della legge n. 81 del 1997, nonché integrato con i sistemi informativi regionali. Allo stesso è trasferito l'insieme delle strutture organizzative, dei beni, delle banche dati, delle risorse hardware, software e di rete dei sistemi di cui all'articolo 1 della legge n. 81 del 1997, senza oneri amministrativi. Inoltre, "in attuazione della normativa comunitaria, il SIAN assicura, garantendo la necessaria riservatezza delle informazioni, nonché l'informativa su base nazionale dei controlli obbligatori, i servizi necessari alla gestione, da parte degli organismi pagatori e delle regioni e degli enti locali, degli adempimenti derivanti dalla politica agricola comune, connessi alla gestione dei regimi di intervento nei diversi settori produttivi ivi inclusi i servizi per la gestione e l'aggiornamento degli schedari oleicolo e viticolo".

Il SIAN è, altresì, "interconnesso con i sistemi informativi delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura al fine di fornire all'ufficio del registro delle imprese di cui all'art. 2 del d.P.R. n. 581 del 1995 gli elementi informativi necessari alla costituzione ed aggiornamento del Repertorio economico amministrativo (REA). Con i medesimi regolamenti, di cui all'articolo 14, comma 3, sono altresì definite le modalità di fornitura al SIAN da parte delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, delle informazioni relative alle imprese del comparto agroalimentare" (comma 3 del predetto art. 15 del d.lgs. n. 173 del 1998).

L'integrazione del SIAN alla rete informativa pubblica è confermata dalla adozione, prevista dal comma 4 dell'art. 15, di una apposita convenzione, con la quale "le amministrazioni di cui ai commi precedenti definiscono i termini e le modalità tecniche per lo scambio dei dati, attraverso l'adozione di un protocollo di interscambio dati. Il sistema automatico di interscambio dei dati è attuato secondo modalità in grado di assicurare la salvaguardia dei dati personali e la certezza delle operazioni effettuate, garantendo altresì il trasferimento delle informazioni in ambienti operativi eterogenei, nel pieno rispetto della pariteticità dei soggetti coinvolti".

In aggiunta a tali funzioni, l'art. 2 del decreto del Ministro delle politiche agricole e forestali del 26 ottobre, recante adempimenti relativi alla gestione dei servizi del SIAN, sancisce che "L'AGEA in attuazione dell'art. 14, comma 9, del decreto legislativo n. 99/2004 e sulla base degli atti di indirizzo di cui all'art. 1, comma 1, assicura le funzioni di coordinamento, sviluppo e gestione del SIAN, assumendo i provvedimenti necessari a promuovere ed eseguire gli adempimenti previsti e garantendo il raccordo con il Ministero per l'innovazione e le tecnologie, e con il CNIPA per l'esercizio delle funzioni di cui all'art. 15 della legge 4 giugno 1984, n. 194. Per le finalità di cui al precedente comma 1, l'AGEA, in coerenza con le linee guida e le direttive del Ministero per l'innovazione e le tecnologie e del CNIPA, promuove o partecipa a progetti aventi gli obiettivi:

- a) di razionalizzare l'impegno delle amministrazioni pubbliche tramite la standardizzazione dei processi di erogazione dei servizi di interoperabilità e cooperazione, nonché l'interscambio sistematico dei dati tra soggetti pubblici con l'obiettivo di evitare duplicazioni e ridondanze nella erogazione e fruizione dei servizi;
- b) di valorizzare i dati, i prodotti ed i servizi delle amministrazioni pubbliche e di agevolare il riuso delle funzioni dalle stesse realizzate;
- c) di realizzare servizi a valore aggiunto verso soggetti terzi, anche privati".

Secondo l'art. 3 dello stesso provvedimento, "in attuazione dell'art. 14, commi 9 e 10, del decreto legislativo 29 marzo 2004, n. 99, l'AGEA assicura al Ministero l'integrazione all'interno del SIAN dei dati e dei servizi informativi derivanti dalle attività eseguite dagli enti ed agenzie vigilati dal Ministero o da altri soggetti pubblici e privati, delegate o finanziate dal Ministero stesso, che comportino la gestione di dati e di archivi informatizzati. Nell'esercizio delle funzioni di cui al comma 1, l'AGEA: a) definisce gli standard idonei a garantire la compatibilità con l'architettura complessiva del SIAN, verificandone il rispetto; b) garantisce la fruizione delle informazioni all'interno del SIAN, sulla base delle specifiche definite, realizzando gli opportuni meccanismi di interoperabilità, interscambio e cooperazione".

3.2. La referente amministrazione ritiene, quindi, che la ricognizione del quadro normativo complessivo evidenzia che il relativo trasferimento in capo all'AGEA abbia comportato "l'assunzione da parte dell'Agenzia di nuove competenze e funzioni oltre a quelle in precedenza istituzionalmente assegnate che avrebbero comportato l'adeguamento delle strutture della stessa. Ciò in quanto lo svolgimento delle relative funzioni neces-

sita di una specifica esperienza informatica ed un patrimonio di conoscenze tecnologiche non facilmente improvvisabile, né rinvenibile presso strutture pubbliche”.

In sostanza, il Ministero reputa necessario rilevare, con il nuovo quesito, che la norma ha previsto il subentro immediato dell'AGEA in tutte le complesse competenze e funzioni del SIAN “senza che la società subentrante avesse la esperienza e vocazione tecnico-informativa necessaria, né adeguate strutture vocate allo scopo. Ma, proprio nella consapevolezza di tale deficienza, per la realizzazione e gestione di siffatto sistema informativo la medesima norma ha delineato un particolare modulo organizzatorio, diretto ad assicurare il necessario patrimonio di conoscenze e tecnologie specializzate ed aggiornate tipiche delle imprese private (che come tali si confrontano con l'aggiornamento imposto dalla concorrenza del libero mercato). E, difatti, ha imposto alla AGEA di non attrezzarsi direttamente, ma di costituire una società pubblico-privata, individuando quale socio privato una impresa in possesso del requisito di esperienza nel settore specifico ed alta specializzazione tecnologica”.

Tale modulo organizzatorio, in effetti, è stato imposto dal legislatore con il d.l. n. 182 del 2005, convertito dalla legge n. 231 del 2005, senza lasciare alla AGEA alcuna possibile alternativa di organizzare e gestire il servizio secondo modalità diverse.

3.3. In applicazione di questo contesto normativo, la referente amministrazione chiarisce, con la nuova richiesta di parere, di aver configurato la “società mista” indicata dalla legge come un soggetto nell'ambito del quale il socio pubblico si faccia carico delle competenze e responsabilità amministrative e il socio privato metta a disposizione della società la propria competenza specifica, apportando il suo lavoro professionale per la realizzazione degli obiettivi di legge.

In questo quadro – ritiene il Ministero referente – “il socio privato finisce per assumere a termine (9 anni previsti dalla gara) il ruolo di socio di lavoro munito delle necessarie conoscenze tecnico-informatiche per consentire alla società pubblico privata di prestare il servizio informatico previsto dalla legge”. Tale modello – secondo la referente amministrazione – è conforme a quello disciplinato dagli artt. 113 e 116 del t.u. n. 267 del 2000 sugli enti locali ed appare coerente con la natura della attività che l'AGEA è per legge chiamata a svolgere: “da un lato competenze e funzioni amministrative e di controllo in materia di agricoltura (così come esposte nella normativa in precedenza citata), dall'altro a sovrintendere alle attività operazioni e prestazioni di tipo informativo sottese alla piena realizzazione della prime e demandate secondo lo schema organizzatorio del socio di lavoro al privato prescelto in gara”.

In sostanza, secondo questo modello organizzatorio, il socio pubblico è chiamato ad assumersi l'onere ed a svolgere funzioni amministrative del servizio, mentre il socio di lavoro privato a predisporre l'organizzazione necessaria a consentire lo svolgimento di quelle funzioni sul servizio.

Del resto – aggiunge il quesito in esame – la peculiarità e specializzazione tecnologica della gestione del SIAN è sempre stata considerata e valutata dal legislatore anche in precedenza, atteso che anche l'art. 15 della legge n. 194 del 1984 disciplinava espressamente la gestione di tale ente “in deroga alle norme sulla contabilità dello Stato”, sì da suggerire il ricorso ad uno strumento organizzatorio ad hoc quale, per l'appunto, quello da ultimo delineato dall'art. 14, comma 10-bis, del d.l. n. 182 del 2005 come convertito, con modificazioni, dalla legge n. 231 del 2005.

3.4. Dall'approfondimento effettuato, il Ministero trae il nuovo convincimento che “la costituzione, da parte dell'AGEA, della società SIM, costituisce il momento di esercizio di una funzione organizzativa espressamente prevista dalla legge e non già affidamento di un servizio. Per contro, tale specifico momento si configura a valle, e cioè [attraverso] le modalità che attuerà la Società per svolgere i servizi cui è preposta”. E per tale fase è la stessa norma che si è premurata di aprire la partecipazione della Società ad un soggetto privato che andrà ad assumere il ruolo di socio di lavoro e che dovrà essere scelto con gara europea (che, effettivamente, risulta essere stata regolarmente effettuata, nel corso dello scorso anno, ai sensi del d.lgs. n. 157 del 1995).

In conclusione, la richiesta di parere afferma che dalla nuova ricognizione effettuata sembra di poter conseguire che “la costituzione della società per la gestione del SIAN non costituisce affatto una modalità di affidamento in house contraria alla disciplina comunitaria, bensì una modalità organizzatoria per lo svolgimento del SIAN articolato in via primaria nella costituzione della società e poi nella sua apertura all'apporto di lavoro

di un socio privato prescelto con gara (e quindi in piena conformità con il trattato CE e le direttive comunitarie) per i prossimi 9 anni”. Inoltre, tale modello sembra al Ministero coerente con la peculiarità del servizio da svolgere, e con la “esigenza di non accentrare su AGEA funzioni che non è attrezzata a svolgere direttamente” e, nello stesso tempo, “che non può esercitare seguendo modalità ed iter procedurali diversi da quello tassativamente imposto dalla legge, consistente nella costituzione di una società pubblico — privata”.

4. Questo Consiglio di Stato è dell'avviso che, alla stregua delle nuove argomentazioni e allegazioni – e ferme restando le affermazioni di principio enunciate nel precedente parere n. 3162/06 – si possa pervenire a conclusioni differenti sullo specifico caso in questione, secondo le considerazioni che seguono.

5. Appare necessario, in primo luogo, definire la riconducibilità o meno, in via generale, del modello organizzativo identificato dal legislatore nel caso di specie – ovvero quello della costituzione di una “società mista” pubblico-privata – al modello dell’in house providing: solo in caso affermativo si potrà discutere del rinvenimento o meno, in concreto, dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza in materia.

5.1. Come è noto, l’espressione in house providing (usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) identifica il fenomeno di “autoproduzione” di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: ciò accade quando quest’ultima acquisisce un bene o un servizio attingendoli all’interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato (cfr., in termini, la recente decisione della VI Sezione di questo Consiglio del 3 aprile 2007, n. 1514, su cui si tornerà più avanti). Il modello si contrappone a quello dell’outsourcing, o contracting out (la c.d. esternalizzazione), in cui la sfera pubblica si rivolge al privato, demandandogli il compito di produrre e /o fornire i beni e servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa.

La prima definizione giurisprudenziale della figura è fornita dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 18 novembre 1999, causa C-107/98 – Teckal. In quella sede – a estrema sintesi delle considerazioni della Corte – si è affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell’ipotesi in cui concorrano i seguenti elementi:

- a) l’amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi;
- b) il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell’ente pubblico di appartenenza.

In ragione del “controllo analogo” e della “destinazione prevalente dell’attività”, l’ente in house non può ritenersi “terzo” rispetto all’amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l’amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l’affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture.

5.2. Questa Sezione condivide pienamente – come già affermato nel precedente parere n. 3162/06 (cfr. pure, in termini, la citata decisione della VI Sezione n. 1514/07) – le affermazioni secondo le quali la figura dell’in house providing si configura come un modello eccezionale, i cui requisiti vanno interpretati restrittivamente poiché costituiscono una deroga alle regole generali del diritto comunitario.

Ciò è stato chiarito con fermezza dalla Corte di giustizia nelle sue successive pronunce (cfr. le note sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - Stadt Halle e RPL Lochau, su cui si tornerà più avanti per altri profili; 21 luglio 2005, causa C-231/03 - Corame; 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH; 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria; 6 aprile 2006, causa C-410/04 - ANAV c/ Comune di Bari; 11 maggio 2006, causa C-340/04 - Carbotermo; 18 gennaio 2007, causa C-220/05 - Jean Auroux).

Il ridimensionamento dell’istituto è da ricondursi anche a fenomeni di distorsione nel ricorso a tale modello, del quale si tende ad abusare attraverso il fenomeno delle c.d. catene societarie e dei controlli indiretti, nonché attraverso le attività svolte nei confronti di terzi.

In particolare, la ricordata sentenza Carbotermo dell’11 maggio 2006, causa C-340/04, ha affermato che la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria, ma non sufficiente. Difatti, per giustificare la deroga alle regole europee di evidenza pubblica occorrono maggiori strumenti di controllo da parte dell’ente rispetto a

quelli previsti dal diritto civile. La giurisprudenza comunitaria e nazionale li ha nel tempo individuati affermando, in particolare, che:

- il consiglio di amministrazione della società in house non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- l'impresa non deve aver "acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo" da parte dell'ente pubblico (tale vocazione risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero: cfr., in particolare, le già citate sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria);
- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (cfr. pure la decisione della V sez. di questo Consiglio di Stato 8 gennaio 2007, n. 5, che ha affermato che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un "controllo analogo");
- il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati (Tar Puglia, 8 novembre 2006, n. 5197; Consiglio di Stato, V sez., 30 agosto 2006, n. 5072).

La giurisprudenza ha anche chiarito che, in astratto, è configurabile un "controllo analogo" anche nel caso in cui il pacchetto azionario non sia detenuto direttamente dall'ente pubblico, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dall'ente medesimo. Tuttavia, una tale forma di partecipazione "può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale" (cfr. la citata sentenza Carbotermo, 11 maggio 2006, causa C-340/04). In tale ottica, la partecipazione pubblica indiretta, anche se totalitaria, è in astratto compatibile, ma affievolisce comunque il controllo.

I principi giurisprudenziali sopra accennati appaiono, ormai, largamente condivisi dalle Corti Supreme nazionali, ivi compreso, come si è detto, questo Consiglio di Stato, il quale (sia nel parere n. 3162/06 che nella decisione della VI Sezione da ultimo citati) ha anche rilevato che, nel nostro ordinamento, una norma di carattere generale era stata proposta nel primo schema del codice dei contratti pubblici, ma non è stata poi inserita nel testo finale del d.lgs. n. 163 del 2006, a conferma della volontà del legislatore di non generalizzare il modello dell'in house a qualsiasi forma di affidamento di servizi, di lavori, o di forniture (la norma dell'originario schema era l'art. 15, rubricata "Affidamenti in house", dal seguente testo: "Il presente decreto non si applica all'affidamento di servizi, lavori, forniture a società per azioni il cui capitale sia interamente posseduto da un'amministrazione aggiudicatrice, a condizione che quest'ultima eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice."; il codice, tuttavia, ha conservato un riferimento generale alle società miste all'art. 1, comma 2, e all'art. 32: cfr. infra, il punto 7).

5.3. Questo Consiglio di Stato ritiene che l'evoluzione giurisprudenziale consenta, altresì, di escludere, in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della "società mista" a quello dell'in house providing.

Tale riconducibilità, che in principio era quantomeno dubbia (e molto si è discusso sul punto: svariati autori, in dottrina, propendevano per la soluzione affermativa e ancora oggi vi sono discipline che ricomprendono entrambe le situazioni: cfr. l'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, di cui si dirà infra, al punto 7.3), oggi può dirsi ormai definita in senso negativo dalla giurisprudenza – non risalente ma ormai consolidata – della Corte di giustizia europea, nelle decisioni in cui ha progressivamente definito il concetto di "controllo analogo".

In particolare, ciò emerge dalla già menzionata sentenza della Corte 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - Stadt Halle e RPL Lochau: nel dare atto che, in quella controversia, la Stadt Halle si era difesa proprio sostenendo che si sarebbe trattato "di un'operazione di 'in house providing'", alla quale non si applicherebbero le norme comunitarie in materia di appalti pubblici", la Corte ha invece affermato che "la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudica-

trice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi”.

L’opzione interpretativa è confermata, tra le altre, dalla citata sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04 - ANAV c/ Comune di Bari – laddove afferma che “se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell’ambito dell’ente pubblico che la detiene (v. già, in senso analogo, anche la sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03 - Corame)” – e in quella 18 gennaio 2007, causa C-220/05 - Jean Auroux, ove si afferma che “quanto dichiarato dalla Corte nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., con riferimento agli appalti pubblici di servizi si applica anche con riferimento agli appalti pubblici di lavori”.

In altri termini, la Corte di giustizia ha ritenuto che qualsiasi investimento di capitale privato in un’impresa obbedisca a considerazioni proprie degli interessi privati e persegua obiettivi di natura differente rispetto a quelli dell’amministrazione pubblica. Pertanto, in sostanza, oggi si può parlare di società in house soltanto se essa agisce come un vero e proprio organo dell’amministrazione “dal punto di vista sostantivo”, non contaminato da alcun interesse privato.

Di tali conclusioni questo Consiglio di Stato ha già preso atto quando, con la decisione n. 1514/07 della VI Sezione, ha affermato – con argomenti che questa Sezione condivide pienamente – che, in un caso diverso da quello ivi deciso (e definito con la decisione n. 1513/07), “la Sezione ha ritenuto neanche configurabile l’affidamento in house in considerazione dell’assenza di una partecipazione pubblica totalitaria all’epoca ... degli affidamenti in contestazione in quel procedimento. L’assenza della partecipazione pubblica totalitaria esclude, infatti, in radice la possibilità di configurare il requisito del controllo analogo, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria per gli affidamenti in house.”.

Da ciò consegue – ad avviso del Collegio – l’inutilità di ricercare, allo scopo di giustificarne la compatibilità con la disciplina europea, i (sempre più selettivi) requisiti richiesti per l’in house anche nel modello di partenariato pubblico-privato “società mista” cui si riconduce l’oggetto del quesito in esame.

6. La non riconducibilità alla figura dell’in house non implica, di per sé, la esclusione automatica della compatibilità comunitaria della diversa figura della società mista a partecipazione pubblica maggioritaria in cui il socio privato sia scelto con una procedura di evidenza pubblica.

Su tale specifica modalità organizzativa, infatti, non risulta che la Corte di giustizia abbia ancora avuto modo di pronunciarsi espressamente: anche nelle più importanti sentenze in cui si tratta di società miste (e in particolare la sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - Stadt Halle e RPL Lochau, e la sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH), il privato era stato individuato senza gara (cfr. amplius infra, il punto 8.2.2).

Per la soluzione del quesito in esame si impone, allora, una verifica autonoma, da condurre alla stregua dei rigorosi principi dettati dalla Corte di giustizia (sull’in house, ma non solo) ma senza poter contare, allo stato, su una indicazione specifica in termini.

Tale verifica va condotta, ad avviso della Sezione, avendo sempre presente l’interesse fondamentale che sottende la attuale disciplina dell’evidenza pubblica: la tutela della concorrenza, cui si applicano anche i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza. Tale interesse appare prevalente rispetto a quello della tutela dell’amministrazione.

La Sezione, difatti, rileva che – se il regime dell’evidenza pubblica per la scelta del contraente privato nei contratti “passivi” della pubblica amministrazione è presente da tempo nel nostro sistema nazionale, ben da prima dell’avvento della disciplina comunitaria degli appalti pubblici, in quanto dettato nell’interesse dell’amministrazione appaltante – con il progressivo avvento della disciplina comunitaria tale regime nazionale è stato, in parte, conservato nei meccanismi di selezione del contraente, ma investito da una ratio del tutto nuova, che impone diversi canoni interpretativi e applicativi.

La finalità, l’intera logica di tale disciplina si è, infatti, trasformata – in adesione ai principi europei – da quella della tutela primaria dell’interesse dell’amministrazione a quella della libera circolazione e della concorrenza.

Di conseguenza, se ciò ha portato (ormai quasi del tutto) alla scomparsa di norme sulla scelta del contraente di sicuro interesse dell'amministrazione pubblica ma incompatibili con l'interesse alla libera concorrenza, i meccanismi tradizionali di evidenza pubblica che potevano adeguarsi a questa diversa ratio sono stati, nella sostanza, recepiti dal nuovo codice dei contratti pubblici (il menzionato d.lgs. n. 163 del 2006), ovvero – se contenuti in disposizioni speciali – non sono stati espressamente abrogati. Ciò è avvenuto, però, sul presupposto che tali meccanismi vadano applicati in questa diversa logica.

È in quest'ottica che va esaminata anche la questione in esame.

Non sarà, quindi, sufficiente dimostrare l'interesse dell'amministrazione – pure stigmatizzato, nel caso di specie, con una apposita *lex specialis* – ma anche la sua compatibilità con l'interesse per la massima apertura del mercato, come identificato dai principi definiti dalla Corte di giustizia europea.

Peraltro, come è noto, laddove dovesse risultare evidente una incompatibilità, da parte della legge nazionale, con la disciplina comunitaria *self executing* nel nostro ordinamento, l'amministrazione sarebbe tenuta a disapplicarla (secondo i principi affermati a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 389 dell'11 luglio 1989).

La suddetta verifica va condotta sia "in astratto", analizzando il modello generale delle società miste come oggi presente nell'ordinamento nazionale (cfr. *infra*, i punti 7 e 8 e i relativi sottopunti), sia "in concreto", guardando alla specifica disciplina prevista nel caso in esame e alla sua applicazione nella procedura di selezione del contraente privato (cfr. *infra*, il punto 9 e i relativi sottopunti).

7. Come è noto, il modello delle "società miste" è presente da tempo nel nostro ordinamento, ed è oggi previsto in via generale dall'art. 113, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 267 del 2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali – t.u.e.l.), introdotto dall'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, come modificato dalla relativa legge di conversione. Tale previsione può essere assunta a paradigma del modello anche ai fini della soluzione del quesito in oggetto, che pure si caratterizza per una disciplina *ad hoc*.

Sempre in via generale, il codice dei contratti pubblici, se non prevede più una generalizzazione del modello dell'*in house* a qualsiasi forma di affidamento (come si è detto retro, al punto 5.2), contiene invece, all'art. 1, comma 2, una previsione di carattere generale sulle società miste, secondo la quale, "nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica". Anche in questo caso, la norma non intende affermare la generale ammissibilità delle società miste, che devono intendersi consentite nei soli casi già previsti da una disciplina speciale, nel rispetto del principio di legalità: si codifica soltanto il principio secondo il quale, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire "con procedure di evidenza pubblica" (non necessariamente, quindi, ai sensi della disciplina dello stesso codice).

La figura delle società miste compare anche nell'art. 32, al comma 1, lett. c), e al comma 3 (tale ultima disposizione è stata confermata nel testo definitivo nonostante i rilievi di questo Consiglio di Stato espressi nel parere della Sezione per gli atti normativi n. 355/06 del 6 febbraio 2006, relativo allo schema di codice dei contratti pubblici: cfr. *infra*, il punto 8.4).

7.1. L'art. 113, comma 5, lett. b), del t.u.e.l. dispone che l'erogazione dei servizi per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali "avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio ...", tra l'altro, "... b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche". Tale norma costituisce, in qualche modo, il paradigma del modello cui si ispira anche la normativa speciale per il SIAN che è oggetto del quesito in esame.

Lo stesso art. 113 prevede, nella distinta lettera c), in alternativa al ricorso alla società mista, il modello della società *in house* a capitale interamente pubblico, richiedendo solo per tale caso i requisiti del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività" in favore dell'ente pubblico di appartenenza identificati dalla sentenza Teckal. Ciò sembra confermare quanto affermato retro (al punto 5 e ai relativi sottopunti) a

proposito della differente disciplina dei due modelli della società mista e della società in house, anche con riguardo ai requisiti richiesti dal diritto europeo.

7.2. La figura delle società a capitale misto è stata configurata da autorevole dottrina come una forma di “collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori nella gestione di un pubblico servizio”; tale figura, costituendo una modalità organizzativa ulteriore per la soddisfazione delle esigenze generali, rende più flessibile la risposta istituzionale a determinate esigenze e può risultare – se ricondotta nei canoni del pieno rispetto dei principi comunitari – di particolare efficacia, almeno in certi casi (cfr., nello stesso senso, il Libro Verde della Commissione europea del 30 aprile 2004 e la Risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006, richiamati amplius infra, al punto 8.5).

Inoltre, la necessità di una gara per la scelta del socio – oltre a confermare l'esclusione della riconducibilità alla figura dell'in house – ha condotto a ritenere non corretto annoverare tale figura tipo di affidamento tra quelli “diretti”.

Tuttavia, la stessa dottrina – alla luce dell'evoluzione in senso restrittivo della giurisprudenza comunitaria – ha messo in evidenza la debolezza della tesi della equiparazione automatica fra la procedura di scelta del socio e la gara per l'affidamento del servizio. Pur riconoscendo la funzionalità del modello, si afferma come ci si trovi di fronte ad una “figura peculiare che potrà presentare non pochi problemi attuativi e che, per non essere censurata, dovrà ricevere una applicazione attenta”.

7.3. Sempre in relazione al modello generale, si ricorda l'intervento dell'art 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006, il quale ha introdotto una articolata disciplina che, in linea con i più recenti orientamenti comunitari volti a limitare l'in house providing, ma anche in relativa autonomia da essi, mira a evitare il fenomeno della c.d. cross subsidization delle società pubbliche, per cui esse operano al di fuori degli ambiti territoriali di appartenenza, acquisendo commesse da enti pubblici diversi da quelli controllanti od affidanti i contratti in house. In tale nuovo regime il d.l. n. 223 del 2006 ha equiparato i due diversi modelli delle società in house e del partenariato pubblico-privato.

In particolare, si è disposto che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali (non da quelle statali, come invece avviene nel caso di specie) per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali:

- devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (viene fissata, quindi, la regola dell'esclusività, in luogo di quella della prevalenza);
- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti;
- sono ad oggetto sociale esclusivo (l'oggetto sociale esclusivo – è stato affermato – non sembra debba essere inteso come divieto delle c.d. multiutilities, ma appare preferibile ritenere che rafforzi regola dell'esclusività evitando che dopo affidamento la società possa andare a fare altro).

Si ricorda come alcune Regioni (in particolare, Valle d'Aosta e Friuli Venezia Giulia) hanno impugnato la norma dinanzi alla Corte Costituzionale, ritenendola discriminatoria delle società regionali e locali, rispetto a quelle statali e limitativa della capacità contrattuale delle società con riferimento a partecipazioni ulteriori.

7.4. Dell'esigenza, de iure condendo, di un contesto normativo generale più organico e restrittivo a favore della concorrenza si è fatto carico il recente disegno di legge governativo recante “Delega al governo per il riordino dei servizi pubblici locali” (atto Senato n. 772 della XV legislatura, presentato il 7 luglio 2006), il quale prevede che “l'affidamento delle nuove gestioni ed il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba avvenire mediante procedure competitive ad evidenza pubblica di scelta del gestore”, consentendo soltanto “eccezionalmente” l'affidamento a società totalitarie in presenza dei noti presupposti comunitari e alle società miste locali.

Il d.d.l. AS 772 (all'art. 2, comma 1, lettere c) e d)) condiziona il ricorso a queste ultime alla “stretta inerenza delle modalità di selezione e di partecipazione dei soci pubblici e privati agli specifici servizi pubblici locali oggetto

dell'affidamento, ferma restando la scelta dei soci privati mediante procedure competitive" (come recita la relazione di accompagnamento al d.d.l.). Si prevede, inoltre, la necessità di "norme e clausole volte ad assicurare un efficace controllo pubblico della gestione del servizio e ad evitare possibili situazioni di conflitto di interessi".

La possibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quelli di appartenenza viene esclusa dal d.d.l. per i soggetti già affidatari in via diretta di servizi pubblici locali, nonché per le imprese partecipate da enti locali, che usufruiscano di finanziamenti pubblici diretti o indiretti, salvo che si tratti del ristoro degli oneri di servizio relativi ad affidamenti effettuati mediante gara, sempreché l'impresa disponga di un sistema certificato di separazione contabile e gestionale.

Inoltre, si prevede che l'ente locale debba "adeguatamente motivare le ragioni che, alla stregua di una valutazione ponderata, impongono di ricorrere" alle modalità di affidamento diretto, anziché alle modalità di affidamento tramite procedure competitive ad evidenza pubblica, e "che debba adottare e pubblicare secondo modalità idonee il programma volto al superamento, entro un arco temporale definito, della situazione che osta al ricorso a procedure ad evidenza pubblica, comunicando periodicamente i risultati raggiunti a tale fine".

8. In conclusione, può affermarsi che il modello della "società a capitale misto pubblico privato" esiste – come distinto dall'in house – nell'ordinamento nazionale, sia nella disposizione generale dell'art. 113 t.u.e.l. che in varie disposizioni speciali (come quella per il SIAN nel caso di specie). D'altro canto, però, tale disciplina è in evoluzione, sia de iure condito (art. 1, comma 2, e art. 32 del d.lgs. n. 163 del 2006; art. 13 del d.l. n. 223 del 2006) che de iure condendo (AS n. 772), poiché continua a suscitare perplessità la piena compatibilità di tale modello con il sistema comunitario, alla stregua della recente e rapida evoluzione giurisprudenziale (che sembra ancora in corso) e stante l'assenza di decisioni specifiche sul punto.

La Sezione – nei limiti del quesito in esame – ritiene possibile affermare che tale compatibilità possa essere rinvenuta, alla stregua dei principi espressi, direttamente o indirettamente, dalla Corte di giustizia, quantomeno in un caso: quello in cui – avendo riguardo alla sostanza dei rapporti giuridico-economici tra soggetto pubblico e privato e nel rispetto di specifiche condizioni, di cui si dirà infra, al punto 8.3 – non si possa configurare un "affidamento diretto" alla società mista ma piuttosto un "affidamento con procedura di evidenza pubblica" dell'attività "operativa" della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest'ultimo.

In altri termini, in questo caso, indicato di regola come quello del "socio di lavoro", "socio industriale" o "socio operativo" (come contrapposti al "socio finanziario"), questo Consiglio di Stato ritiene che l'attività che si ritiene "affidata" (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio.

La peculiarità rispetto alle ordinarie procedure di affidamento sembra allora rinvenirsi, in questo caso, non tanto nell'assenza di una procedura di evidenza pubblica (che, come si è detto, esiste e opera uno specifico riferimento all'attività da svolgere) quanto nel tipo di controllo dell'amministrazione appaltante sul privato esecutore: non più l'ordinario "controllo esterno" dell'amministrazione, secondo i canoni usuali della vigilanza del committente, ma un più pregnante "controllo interno" del socio pubblico, laddove esso si giustifichi in ragione di particolari esigenze di interesse pubblico (che nell'ordinamento italiano sono comunque individuate dalla legge).

A tale conclusione sembra doversi giungere alla stregua delle argomentazioni che seguono.

8.1. Non appare, in primo luogo, condivisibile alla Sezione la posizione "estrema" secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto.

Soprattutto, tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste "aperte", nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società "generalista", alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della

scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività extra moenia, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico.

Esula, però, dall'oggetto specifico del quesito in esame l'approfondimento di tale ipotesi, poiché, come si vedrà, essa non sussiste nel caso di specie (cfr. infra, il punto 9 e relativi sottopunti).

8.2. Non sembra alla Sezione condivisibile neppure l'opposta ipotesi "estrema" (che potrebbe avere, invece, dei riflessi diretti sulla soluzione del quesito in oggetto), secondo la quale la giurisprudenza comunitaria in materia di in house – e in particolare quella secondo la quale il "controllo analogo" è escluso quando la società è partecipata da privati (cfr. la più volte citata sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - Stadt Halle e RPL Lochau) – comporta anche l'incompatibilità assoluta con i principi comunitari, in qualunque caso, dell'affidamento a società miste.

8.2.1. In tal senso si è di recente pronunciato anche il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia (decisione 27 ottobre 2006 n. 589), che ha ritenuto "doversi pervenire ad una interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5, lett. b), nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio". Se nessuno sembra porre in discussione la necessità della gara per la scelta del socio (ribadita in via generale, come si è detto, dal codice dei contratti pubblici all'art. 1, comma 2), si rileva, a sostegno di tale tesi estrema che, pur "in un quadro giurisprudenziale in generale incline ad escludere la necessità della seconda gara (cfr. da ultimo Consiglio Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272) sembrano emergere opinioni dottrinali di segno contrario", secondo le quali:

- configura una restrizione del mercato e della concorrenza l'obbligo per l'imprenditore di conseguire l'affidamento di un servizio, solo entrando in una società, per molti versi anomala, con l'amministrazione;
- la procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio non è sovrapponibile, quanto ai contenuti e alle finalità, a quella per l'affidamento del servizio; la prima è preordinata alla selezione del socio privato in possesso dei requisiti non solo tecnici ed organizzativi, ma anche e soprattutto finanziari, tali da assicurare l'apporto più vantaggioso nell'ingresso nella compagine sociale; la seconda è invece esclusivamente diretta alla scelta del soggetto che offra maggiori garanzie per la gestione del servizio pubblico;
- il sistema di affidamento diretto alla società mista (sia pure dopo scelta tramite procedura ad evidenza del socio privato) concretirebbe nella sostanza un affidamento in house al di fuori dei requisiti richiesti dal diritto comunitario;
- se, infatti, un'impresa privata detiene delle quote nella società aggiudicataria occorre presumere che l'autorità aggiudicatrice non possa esercitare su tale società "un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi"; una partecipazione minoritaria di un'impresa privata è quindi sufficiente ad escludere l'esistenza di un'operazione interna (cfr., anche per i richiami in essa contenuti, Corte di giustizia delle Comunità europee, sez. I, 10 novembre 2005, causa C-29/04 04 - Mödling o Commissione c/ Austria).

In conclusione, secondo tale ipotesi estrema, la costituzione di una società mista (con partner scelto dopo una gara) non esimerebbe in nessun caso dalla evidenza pubblica le procedure di affidamento del servizio.

8.2.2. La Sezione ritiene che le ragioni poste a sostegno di tale tesi – pur se tutte condivisibili – possano tuttavia condurre a conclusioni differenti da quella dell'obbligo, in ogni caso, di una seconda gara.

Occorre, infatti, evitare – ad avviso della Sezione – di interpretare i dicta della Corte di giustizia in modo da far loro conseguire affermazioni che, al di fuori dei casi di specie esaminati in quella sede, potrebbero portare, paradossalmente, ad effetti opposti, e addirittura contrari allo spirito dei principi sempre affermati dalla Corte di giustizia.

Come già ricordato in precedenza, nelle fattispecie che hanno condotto alle decisioni più spesso richiamate in materia, la Corte di giustizia ha escluso che si potesse applicare il modello dell'in house, ma non si è pronunciata espressamente sulle condizioni di applicabilità di altri modelli (come sono, appunto, le società miste) nei quali fosse comunque presente un'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica. Difatti, in quei casi il

soggetto privato non era stato scelto con gara: sussisteva, quindi, una totale pretermissione delle procedure di evidenza pubblica.

A titolo di mero esempio, nella causa C-458/03 - Parking Brixen la gestione del parcheggio, già affidata ad un operatore, era stata revocata per trasferirla direttamente alla società partecipata, con evidente lesione dei principi di tutela della concorrenza; la causa C-26/03 - Stadt Halle si riferiva ad un affidamento diretto disposto nel 2001 a favore di una società mista, costituita nel 1996 senza alcuna connessione con l'esercizio dello specifico servizio. Anche nel caso C-340/04 - Carbotermo la procedura selettiva per l'affidamento del servizio era stata sospesa e poi revocata dalla stazione appaltante (lo stesso è avvenuto per la causa C-410/04 - A-NAV), al solo scopo di affidare direttamente le prestazioni alla società mista da questa controllata.

La giurisprudenza comunitaria sopra richiamata appare dunque riferirsi, secondo il Collegio, a violazioni conclamate del diritto degli appalti, dal momento che l'affidamento dei relativi servizi era stato disposto senza alcuna possibilità per gli operatori di settore di concorrere per la sua aggiudicazione.

La Sezione ritiene che non si possa far derivare da tale giurisprudenza anche la conseguenza – che appare estranea ai casi in quella sede esaminati – secondo la quale sarebbe necessaria l'indizione, da parte dell'amministrazione, di una gara nella quale lo stesso soggetto pubblico aggiudicatario possa anche partecipare come socio (addirittura maggioritario) della società mista aspirante aggiudicataria.

La negazione dei principi della concorrenza varrebbe, in questa ipotesi, non solo nel caso in cui il socio privato fosse stato scelto senza gara, ma anche nel caso in cui esso fosse stato scelto con una diversa e precedente procedura di evidenza pubblica: in entrambi i casi, sembrano comunque ravvisarsi elementi di conflitto di interessi e di distorsione del mercato, senza risolvere la pretesa "anomalia" della società mista ma anzi consentendole di conservare, nel confronto con le altre imprese "solo" private, la sua "situazione privilegiata" dell'essere partecipata dalla stessa amministrazione che indice l'appalto.

8.2.3. La difficile sostenibilità di un affidamento tramite una procedura di evidenza pubblica nella quale l'amministrazione abbia la duplice veste di stazione appaltante e di socio della società che aspira all'affidamento condurrebbe di fatto, ad avviso della Sezione, alla totale negazione del modulo. Ciò avverrebbe anche nei casi in cui la legge consente, perché le ritiene funzionali, ulteriori forme di intervento rispetto alle due ipotesi alternative "tutta pubblica" e "tutta privata".

Ma allora, nella visione estrema sopra descritta, la condivisa inconfigurabilità del modello dell'in house per le società miste rischierebbe di condurre, ad avviso della Sezione, a far valere gli indirizzi della Corte di Lussemburgo come una sorta di "incoraggiamento" alla costituzione di società pubbliche al 100%, senza alcuna procedura selettiva e senza alcun ricorso al mercato. Questa Sezione ritiene, invece, che l'affidamento a soggetti pubblici al 100% costituisca, in qualche modo, la negazione del mercato: non si può immaginare che la Corte di giustizia preferisca tale soluzione rispetto ad un modello che faccia invece rientrare in gioco il mercato e i privati, tramite regolari procedure di gara e con garanzie precise che possono comunque delimitare (come si dirà infra, al par. 7.5.3) l'affidamento nell'oggetto e, soprattutto, nel tempo.

Risulterebbe allora paradossale, nella logica comunitaria della tutela della concorrenza, limitare le opzioni di intervento ai soli due estremi assoluti e quindi consentire – sia pure con criteri interpretativi molto restrittivi – una soluzione "tutta pubblica" come unica alternativa a quella, del tutto opposta, del ricorso "pieno" al mercato.

Appare, infatti, illogico ammettere, in alternativa all'affidamento del 100% del servizio all'esterno, la (sola) rinuncia totale al mercato con la società pubblica in house e non consentire, invece – in settori specifici, individuati dalla legge considerando la peculiarità di una data materia e quindi l'inopportunità di una totale devoluzione ai privati, ma anche l'impossibilità tecnica di lasciar gestire il servizio interamente alla "parte pubblica" – un'apertura parziale a più flessibili "forme di collaborazione" pubblico-privato, laddove tale apertura si giustifichi razionalmente con l'esigenza di un controllo più stringente sull'operatore, in quanto svolto non nella veste di committente ma in quella di socio e – soprattutto – sia delimitata da tutte quelle garanzie di definizione dell'oggetto e della durata dell'affidamento che sole possono ricondurre, ad avviso della Sezione, il modello ad un affidamento all'esterno (sia pure per certi aspetti peculiare) e non come un affidamento in house.

In altri termini, se è vero che la società mista, in quanto tale, non è sottoposta al controllo analogo, è dirimente la circostanza che proprio la componente esterna che esclude la ricorrenza dell'in house è selezionata con procedure di evidenza pubblica: la quota esterna alla pubblica amministrazione è, cioè, reperita con il ricorso ad un mercato che è certamente premiato, diversamente da quanto avviene nel caso della "chiusura in se stessa" dell'amministrazione in un modello di pura autoproduzione. E ciò avviene coniugando l'interesse alla valorizzazione delle risorse del mercato, che altrimenti resterebbero disattese da una logica di monopolio pubblico, con l'interesse dell'amministrazione pubblica alla scelta di moduli organizzatori che le consentano di esercitare un controllo non solo esterno (come soggetto affidante) ma interno ed organico (come partner societario) sull'operato del soggetto privato selezionato per la gestione.

8.3. Alla stregua di quanto esposto, sembra allora ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un "affidamento diretto", ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società.

Peraltro, si ricorda che il suddetto modello non è ordinario nel nostro sistema e che – salvi i non frequenti casi (come quello di specie) in cui il legislatore lo impone senza alternative – l'amministrazione deve comunque motivare in modo adeguato perché si avvale di una società mista invece di rivolgersi integralmente al mercato.

Inoltre, il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano – oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 – garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza.

In particolare, appare possibile l'affidamento diretto ad una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati, da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche – tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in partenariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa – allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara.

In altri termini, laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale, appare legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie:

- 1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso;
- 2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento" (in tal senso, soccorre già una lettura del comma 5, lett. b), dell'art. 113 t.u.e.l. in stretta connessione con il successivo comma 12), evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prevedendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

Almeno nella specifica ipotesi sopra descritta (ma di altre eventuali possibilità, come si è detto, la Sezione non deve occuparsi, stante l'oggetto del quesito) sembra potersi affermare il rispetto dei principi comunitari anche alla stregua della giurisprudenza più rigorosa e delle perplessità dottrinarie sopra richiamate (cfr. retro, il punto 7.2 e lo stesso punto precedente 8.2) le quali, come si è detto, sono pienamente condivise dalla Sezione.

In particolare, in questo caso, grazie alla esistenza di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio "operativo", non sembrerebbe doversi temere quanto affermato nella più volte citata sentenza C-26/03 - Stadt Halle e RPL Lochau, secondo la quale "l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla

direttive 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti".

Allo stesso modo, sembra non riferirsi al caso in esame anche l'altra importante affermazione della stessa sentenza, secondo la quale "il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente". Ad avviso della Sezione, la presenza di un "interesse privato" appare, nel caso in esame, ricondotta entro limiti corretti (e propri di tutti gli affidamenti in appalto) se la gara definisce con sufficiente precisione anche il ruolo "operativo" e non "finanziario" del socio privato da scegliere.

In tal caso dovrebbe, quindi considerarsi rispettato il precetto conclusivo di quella sentenza, laddove dichiara "che, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate": la stretta connessione, in una sola gara, della scelta del socio con l'affidamento dell'appalto sembra ottemperare all'obbligo di applicazione della direttiva statuito dalla Corte di Lussemburgo.

Parimenti insussistente appare, nel caso qui ipotizzato, l'altro rischio paventato dalla recente sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05 - Jean Auroux (e in particolare dalle conclusioni dell'Avvocato Generale), a proposito del ricorso al subappalto da parte della società mista. Nel caso di subappalto, ben può verificarsi il pericolo che "l'oggetto di ogni appalto successivo rappresenti soltanto una quota dell'appalto totale. Ne può derivare che il valore degli appalti susseguenti aggiudicati da una seconda amministrazione aggiudicatrice sia inferiore a quello previsto all'art. 6, n. 1, lett. a), della direttiva. Così, attraverso l'attuazione di una serie di appalti successivi, l'applicazione della direttiva potrebbe essere elusa". Nell'ipotesi, qui profilata, del "socio di lavoro" scelto con gara sembra avvenire l'opposto: la società mista non "subappalta" alcunché, mentre il servizio "operativo" viene affidato direttamente in appalto, per tutto il suo valore, al socio "industriale" che opera sotto il controllo del "socio pubblico".

8.4. La Sezione è dell'avviso che tale assetto – che sembra essere molto vicino a quello che verrebbe, auspicabilmente, meglio chiarito e codificato con l'approvazione dell'iniziativa legislativa in corso (atto Senato n. 772, descritto retro, al punto 7.4) – già oggi non può dirsi escluso dalla normativa vigente, che non va quindi necessariamente "disapplicata" ma, ove possibile, adeguata anche in via interpretativa, alla luce dei principi comunitari definiti dalla Corte di Lussemburgo.

Peraltro, in senso pressoché analogo si era espresso anche il parere (citato retro, al punto 7) n. 355/06 del 6 febbraio 2006 della Sezione per gli atti normativi di questo Consiglio, relativo allo schema di codice dei contratti pubblici. In quella sede, oltre a richiedere una modifica (non recepita dal Governo) della disposizione oggi ancora contenuta nell'art. 32, comma 3, del codice, si era anche affermato che "in ogni caso, ove si intenda mantenere la previsione, sul presupposto di una portata ampia della legge delega, che in ogni caso chiama il Governo alla definizione di un nuovo quadro giuridico per il recepimento, dovrebbe risultare chiaro che la gara per la scelta del socio è stata svolta in vista proprio della realizzazione dell'opera pubblica o del servizio che successivamente si affida senza gara, con menzione delle caratteristiche dell'opera e del servizio nel bando della gara celebrata per la scelta del socio. Ciò al fine di assicurare che il mercato sia stato messo in grado di conoscere la serie di atti che vengono poi posti in essere con l'affidamento diretto."

Si veda pure, sempre nel senso anzidetto, la decisione della V sez. di questo Consiglio di Stato n. 3672/05 – che si riferisce ad un caso in cui un comune pugliese aveva bandito una gara per la costituzione di una società alla quale contestualmente affidare la gestione dell'anagrafe tributaria comunale – laddove afferma che, ovviamente, tale modello è ben diverso da quello dell'in house, ma soprattutto che "tale tipo di partenariato pubblico-privato altro non è che una "concessione" esercitata sotto forma di società, attribuita in esito ad

una selezione competitiva che si svolge a monte della costituzione del soggetto interposto” (cfr. anche, nello stesso senso, V sez., n. 272/05 e n. 2297/02).

8.5. L’esistenza di una gara che conferisca, di fatto, al socio privato l’“affidamento sostanziale” del servizio svolto dalla società mista consente di ricondurre l’ipotesi in questione a quel legittimo fenomeno di “parternariato pubblico-privato” (PPP) già da tempo affrontato dalle istituzioni comunitarie.

Si fa riferimento al Libro Verde pubblicato dalla Commissione europea il 30 aprile 2004 (cfr., in particolare, il par. 3, punti 53 ss.), laddove si afferma che la “cooperazione diretta tra il partner pubblico ed il partner privato nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria ...”, tra l’altro, “permette al partner pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni ...”.

Tali tipologie di parternariato – prosegue la Commissione europea – non essendo disciplinate direttamente dal diritto comunitario degli appalti, dovrebbero comunque essere assoggettate al rispetto delle norme e dei principi in materia, non potendo “la scelta del partner privato destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un’impresa mista ... essere dunque basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tenere conto delle caratteristiche della sua offerta – che economicamente è la più vantaggiosa – per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire” (Libro Verde, cit., punto 58; cfr. pure i successivi punti 61, 62 e 63, che appaiono in linea con le affermazioni sin qui svolte dalla Sezione).

Le medesime conclusioni sono state fatte proprie dal Palamento europeo nella recente “Risoluzione sui parternariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” del 26 ottobre 2006 (2006/2043 (INI)), dove si afferma, tra l’altro, che “se il primo bando di gara per la costituzione di un’impresa mista è risultato preciso e completo, non è necessario un ulteriore bando di gara” (punto 40).

9. Una volta ritenuta configurabile in via generale, sia pure nei limiti e alle condizioni sopra esposti, l’ammissibilità del ricorso a una società mista, occorre ora verificare se tali limiti e condizioni siano riscontrabili nel peculiare caso di specie, alla stregua della disciplina speciale ivi prevista e della più precisa descrizione fornita dalla referente amministrazione con la richiesta di riesame del quesito.

9.1. Dalla descrizione dell’assetto della specifica disciplina del caso di specie si evince non tanto un “interesse dell’amministrazione” a ricorrere al modello in esame (che, di per sé, nonostante l’espressa previsione legislativa, potrebbe non rivelarsi sufficiente, come si è detto retro, al punto 6) ma piuttosto quasi una necessità, in considerazione della stretta connessione del SIAN con l’esercizio di funzioni pubbliche (che appaiono ben definite dall’art. 15 del d.lgs. n. 173 del 1998, riportato retro, al punto 3.1).

Tale connessione – adeguatamente evidenziata dalla nuova ricostruzione del Ministero referente (riportata retro, ai punti 3.3 e 3.4) – non sembra consentire un integrale affidamento all’esterno del Sistema Informativo Agricolo Nazionale, pur rinvenendosi, per converso, l’esigenza di una peculiare professionalità e specializzazione tecnologica nella gestione del sistema medesimo che richiede, a condizioni ben definite, la “collaborazione” di un soggetto privato, altamente qualificato, che predisponga e mantenga l’infrastruttura tecnica necessaria a consentire lo svolgimento di quelle funzioni sul Servizio Informativo.

Nel caso di specie, in effetti, non si può parlare di vero e proprio “affidamento di un appalto” alla società mista SIN, che difatti svolge funzioni pubbliche affidatele ope legis, ma di necessità di individuare, con gara, un partner privato che svolga un servizio di supporto tecnologico (servizio ben definito in concreto e a tempo determinato, come si vedrà), con la sola particolarità che – alla stregua delle particolari esigenze di interesse pubblico del caso di specie – questo servizio di supporto (come si è detto, in via generale, retro, al punto 8) non viene svolto con un “controllo esterno” da parte dell’amministrazione appaltante, ma con un più pregnante “controllo interno” del socio pubblico, nel caso di specie anche maggioritario.

In altri termini, sembra potersi rinvenire, ad avviso della Sezione, una connessione inscindibile tra la costituzione della società e l’esercizio delle funzioni del Sistema Informativo Agricolo Nazionale, molte delle quali – come si è detto – appaiono di tipo amministrativo e non delegabili ai privati. Ciò consente di fugare, in concreto, i dubbi di violazione della concorrenza che potrebbero invece insorgere laddove tali due momenti fos-

sero separati ponendo l'accento su un "affidamento diretto" alla società mista, considerata come un soggetto privo di compiti amministrativi.

In questo caso, invece, l'affidamento vero e proprio appare in qualche modo traslato dall'AGEA alla società ad hoc prevista dalla legge, per intervenire nell'unico momento in cui occorre istituire un "interfacciamento" tra pubblico e privato e far ricorso a un "patrimonio di conoscenze tecniche e tecnologie specializzate ed aggiornate tipiche delle imprese private": il momento della scelta del "socio di lavoro" con una gara che, al tempo stesso, ne definisca specificamente il ruolo (e, quindi, il servizio da rendere), ne chiarisca le forme di controllo "interno" da parte dell'amministrazione e ne delimiti temporalmente la durata.

9.2. Una volta rilevata la peculiarità del caso in esame – che consente quantomeno di rinvenire l'esistenza di particolari ragioni che inducono a ritenere funzionale il ricorso alla figura della società mista come "forma di collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori" – appare altresì sussistere, in capo al socio privato, la prima delle condizioni individuate retro, al punto 8.3, ovvero quel ruolo di "socio operativo, o di lavoro", munito delle necessarie conoscenze tecnico-informatiche per consentire alla società pubblico privata di prestare il servizio informatico previsto dalla legge.

Nella fattispecie, come si ricava dagli ulteriori chiarimenti forniti alla Sezione nella richiesta di riesame, la procedura di selezione non ha mirato soltanto alla scelta di un socio privato, ma ha anche delineato in modo chiaro i compiti che il socio privato è chiamato a svolgere e il ruolo di controllore del socio pubblico rispetto alle attività "operative" del socio privato.

Come si ricava da più aspetti degli atti di gara (dal peso preponderante fornito alla parte tecnica dell'offerta al contratto di servizio quadro che costituiva parte integrante della disciplina dell'appalto, ai patti parasociali resi pubblici negli atti di scelta del contraente), la procedura selettiva era stata apertamente finalizzata all'individuazione di un "socio industriale", il cui apporto non si sarebbe esaurito nel conferimento di capitali, ma sarebbe principalmente consistito nell'assunzione in proprio delle prestazioni affidate alla società nel suo complesso, con l'accollo di tutti i rischi connessi alla gestione tecnico-finanziaria. L'AGEA, insomma, ha predisposto una procedura concorsuale finalizzata non alla selezione di un semplice socio finanziario, bensì alla individuazione di un partner "operativo" chiamato a svolgere le prestazioni strumentali alla gestione e sviluppo del SIAN all'interno della società mista.

In altri termini, nel caso di specie non sembrano rinvenirsi possibilità di elusione della normativa comunitaria, poiché, come richiesto dall'ipotesi generale identificata retro, al punto 8 e ai relativi sottopunti, lo stesso bando ha mirato non solo alla scelta del socio, ma anche all'affidamento del servizio "operativo" da svolgere.

9.3. Oltre alla precisa definizione dell'oggetto dell'affidamento al privato che sarebbe stato prescelto come socio della SIN, la gara ha altresì soddisfatto la seconda condizione sopra indicata: quella della durata temporaneamente limitata del partenariato.

Come si evince dagli atti, la partecipazione del socio privato al capitale della società ha carattere temporaneo e limitato nel tempo, con una durata di nove anni (tale elemento non ha, peraltro, limitato la partecipazione alla gara, atteso il considerevole numero di partecipanti).

Altrettanto definite appaiono, nel caso di specie, le modalità di "uscita" del socio privato alla scadenza del termine: dopo i nove anni, infatti, è previsto che le quote del socio private siano trasferite al socio pubblico al prezzo che sarà determinato, in base a regole già fissate e contenute nei documenti di gara, da un advisor nominato da entrambi i soci. L'importo in questione costituirà la nuova base d'asta per il successivo periodo, ed in tal modo l'AGEA non sarà neppure gravata da oneri per il riacquisto delle quote.

Tale dettagliata disciplina appare alla Sezione particolarmente importante, poiché in tal modo non si può neanche astrattamente configurare, nel caso di specie, una situazione – che certamente avrebbe destato perplessità in ordine alla compatibilità con il sistema europeo degli appalti pubblici – in cui il privato, pur se scelto con gara pubblica, potrebbe divenire parte integrante, a tempo indeterminato, del soggetto pubblico che svolge determinate funzioni, fruendo così di una distortiva rendita di posizione.

9.4. Non sembra, infine, che si possa rinvenire una residuale incompatibilità della situazione in esame con la nuova (e per certi versi più restrittiva degli stessi principi comunitari) disciplina di cui all'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006.

Difatti, l'ambito di applicazione soggettivo del d.l. riguarda (salve ovviamente le contestazioni delle Regioni dinanzi alla Corte costituzionale) le società "costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali", mentre qui si verte di una società costituita da un ente statale, e in ogni caso la normativa in questione si potrebbe configurare come *lex specialis* (poiché relativa specificamente al Sistema Informativo Agricolo Nazionale), derogatoria rispetto alla previsione generale del d.l. n. 223, ancorché antecedente ad essa.

Ma, anche a prescindere da ciò e a far assurgere il contenuto dell'art. 13 a norma di principio, integrativa della disciplina di tutte le società miste, si rileva come la SIN appaia rispettare, in concreto, anche tale nuova e più restrittiva disciplina. Difatti, secondo le attestazioni della referente amministrazione, essa "svolge le attività solo nel settore assegnato dallo Statuto in coerenza con la legge che prevede la sua istituzione e solo con riferimento ai soggetti pubblici interessati al servizio stesso, così come precisamente individuati nell'art. 15 del d.lgs. 30 aprile 1998, n. 173".

9.5. Alla stregua di quanto esposto, il caso di specie sembra quindi rientrare, sotto tutti i suoi aspetti, nel caso generale di cui si è detto retro, al punto 8 e ai relativi sottopunti: può quindi affermarsi la sua complessiva compatibilità con la normativa comunitaria e nazionale.

La ammissibilità della scelta legislativa del modello della società mista nel caso di specie non esime, ovviamente, l'amministrazione dal perseguimento di tutte le ulteriori cautele che si impongono in una situazione di così stretta commistione tra l'esercizio di funzioni pubbliche e l'attività del socio "operativo" privato.

Esse non costituiscono oggetto del quesito e vertono, peraltro, su aspetti non esaurientemente trattati dalla referente amministrazione. Tuttavia, la Sezione ritiene opportuno, comunque, richiamare l'attenzione del Ministero sull'esigenza di considerare tale aspetto: si pensi, ad esempio, alla necessità che nell'ambito della società SIN sia ben definito il regime del trattamento dei dati riservati relativi ad amministrazioni pubbliche e dei dati personali dei soggetti privati (come si è detto, il SIAN è interconnesso, tra l'altro, con l'Anagrafe tributaria del Ministero delle finanze, con i Nuclei antifrode specializzati della Guardia di finanza e dell'Arma dei carabinieri, con l'INPS, con le camere di commercio, etc.).

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere della Sezione.

IL PRESIDENTE DELLA SEZIONE
(Livia Barberio Corsetti)

L'ESTENSORE
(Luigi Carbone)

IL SEGRETARIO D'ADUNANZA
(Anna Vitale)

Capitolo 9

Accesso e società partecipate

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V - Sentenza n. 7900 del 9 dicembre 2004 - Pres. Elefante, Est. Corradino - Visibelli (Avv. Faconda) c. Amet s.p.a. (Avv. Musenga) e Comune di Trani (n.c.) - (annulla T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II, 19 gennaio 2004, n. 120).

1. Comune e Provincia - Consiglieri comunali e provinciali - Diritto di accesso - Ex art. 43 D.Lgs. n. 267 del 2000 - Nei confronti di tutti gli atti della P.A. utili all'espletamento del mandato - Sussiste - Finalità - Individuazione.

2. Comune e Provincia - Consiglieri comunali e provinciali - Diritto di accesso - Ex art. 43 D.Lgs. n. 267 del 2000 - Nei confronti degli atti di una società di capitali a partecipazione pubblica (comunale) totalitaria, preposta all'erogazione di servizi pubblici - Sussiste - Ragioni - Fattispecie.

3. Comune e Provincia - Consiglieri comunali e provinciali - Diritto di accesso - Ex art. 43 D.Lgs. n. 267 del 2000 - Nei confronti degli atti della P.A. - Indicazione dei motivi che giustificano l'accesso e dell'interesse sotteso all'istanza - Non occorre - Riferimento all'utilità dei documenti richiesti in ostensione all'espletamento del mandato - Sufficienza.

1. Dall'art. 43, comma 2, del Testo unico degli enti locali - approvato con D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, emerge chiaramente che i consiglieri comunali hanno diritto di accesso a tutti gli atti che possano essere d'utilità all'espletamento del loro mandato, ciò anche al fine di permettere di valutare con piena cognizione di causa la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'Amministrazione, nonché per esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del Consiglio, e per promuovere, anche nell'ambito del Consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale.¹¹⁴

2. È ammissibile, ex art. 43, comma 2, del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, una richiesta di informazioni riguardante una società a partecipazione pubblica (comunale) totalitaria, preposta all'erogazione dei servizi pubblici del trasporto urbano e dell'energia elettrica, inoltrata da un consigliere comunale, con riferimento sia all'art. 24 l. 27 dicembre 1985 n. 816, che prevede che i consiglieri comunali, per l'effettivo esercizio delle loro funzioni, hanno diritto di prendere visione dei provvedimenti adottati dall'ente e degli atti preparatori in essi richiamati, sia all'art. 31 comma 5 l. 8 giugno 1990 n. 142, che stabilisce che gli stessi hanno diritto di ottenere dagli uffici comunali e dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie ed informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del mandato.¹¹⁵

¹¹⁴ Ha osservato, in particolare, il Consiglio di Stato, che il diritto previsto dalla citata disposizione è direttamente funzionale non tanto ad un interesse personale del consigliere comunale o provinciale, quanto alla cura di un interesse pubblico connesso al mandato conferito e, quindi, alla funzione di rappresentanza della collettività.

Il diritto ha una *ratio* diversa, quindi, da quella che contraddistingue l'ulteriore diritto di accesso ai documenti amministrativi che è riconosciuto, non solo ai consiglieri comunali o provinciali, ma a tutti i cittadini (art. 7, legge n. 142/1990 applicabile agli atti degli enti locali) come pure, in termini più generali, a chiunque sia portatore di un interesse personale e concreto e per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, in riferimento ai documenti amministrativi detenuti da amministrazioni diverse dai comuni e dalle province (art. 22 legge 7 agosto 1990, n. 241; art. 2 d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352).

Invero, la finalizzazione dell'accesso all'espletamento del mandato costituisce, al tempo stesso, il presupposto legittimante l'accesso ed il fattore che ne delimita la portata. Le disposizioni richiamate, infatti, collegano l'accesso a tutto ciò che può essere effettivamente funzionale allo svolgimento dei compiti del singolo consigliere comunale e provinciale e alla sua partecipazione alla vita politico-amministrativa dell'ente (questo orientamento è confermato dalla giurisprudenza, che ha avuto occasione di precisare che il consigliere può accedere non solo ai "documenti" formati dalla pubblica amministrazione di appartenenza ma, in genere, a qualsiasi "notizia" od "informazione" utili ai fini dell'esercizio delle funzioni consiliari; cfr. Cass. Civ. Sez. III, sent. n. 8480 del 3 agosto 1995, in materia di acquisizione della registrazione magnetofonica di una seduta consiliare).

¹¹⁵ Cfr., Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2002, n. 4472.

3. Ai sensi dell'art. 43, comma 2°, del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, i consiglieri comunali hanno diritto di ottenere dagli uffici del Comune tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato; non sussiste, pertanto, l'obbligo di dare, nell'istanza di ostensione, ulteriori dimostrazioni circa l'interesse ad ottenere la documentazione, essendo sufficiente la mera circostanza che la richiesta provenga dal consigliere comunale e che essa sia connessa all'espletamento del relativo mandato.

FATTO

Con la sentenza appellata il TAR della Puglia ha dichiarato inammissibile il ricorso (iscritto al n. 1781/2003 R.G.), proposto dall'odierno appellante avverso il diniego opposto dall'A.M.E.T. con delibera del C.d.A. del 5/9/2003, comunicata con nota del 14/10/2003 a firma del Presidente del C.d.A., alla richiesta di accesso agli atti di cui alle istanze del 28/7/2003 e 8/8/2003 riformulate con ulteriore istanza del 22/9/2003, avverso la stessa nota del 14/10/2003 e ogni altro atto al suddetto diniego connesso e/o presupposto ivi compresa la nota A.M.E.T. del 30/7/2003 a firma della dott.ssa Giuliana Perrotta, nonché per l'accertamento del diritto del ricorrente all'accesso agli atti di cui alle richieste innanzi indicate e per la condanna dell'A.M.E.T. s.p.a. alla produzione ed esibizione in favore del ricorrente, degli atti suddetti, con facoltà di estrarne copia.

La sentenza è stata appellata dal Sen. Dott. Visibelli che contrasta le argomentazioni del TAR Puglia.

La Amet s.p.a. si è costituita per resistere all'appello, proponendo, altresì, appello incidentale.

Il Comune di Trani non si è costituito per resistere all'appello.

Alla pubblica udienza del 25 giugno 2004, il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato.

Il Collegio, per la migliore intelligenza della vicenda in esame, ritiene di doverla esporre sinteticamente.

L'odierno appellante, in qualità di consigliere comunale per la lista "Forza Trani", con nota del 28.7.2003, ha presentato all'A.M.E.T., ex azienda speciale del Comune di Trani preposta all'erogazione dei servizi pubblici di trasporto e di distribuzione di energia elettrica, un'istanza di accesso ai seguenti documenti: atto di acquisto del ramo d'azienda Enel Distribuzione del 31.1.2003 e atto di acquisto dell'immobile di via Imbriani dalla Dalmazia Trieste s.p.a. del 31.1.2003. L'A.M.E.T., con nota del 30.7.2003 ha comunicato al Sen Visibelli che «[...] trattandosi di documentazione inerente l'espletamento del mandato di Consigliere Comunale, [...] ogni decisione in ordine all'istanza è di competenza del Comune». L'appellante ha quindi reiterato l'istanza di accesso, con nota dell'8/8/2003, specificando la documentazione richiesta. In seguito, il Consiglio di Amministrazione dell'A.M.E.T., nella seduta del 5/9/2003, ha preso atto del diniego di accesso espresso dal Presidente, condividendone le ragioni, sia per essere l'A.M.E.T. una s.p.a. e non più una azienda speciale del Comune, sia per ragioni di tutela della concorrenza. Il Sen. Visibelli con ulteriore nota del 22 settembre 2003 riformulava la richiesta di accesso. Infine, con atto notificato in data 11 novembre 2003 il Sen. Visibelli ha proposto il ricorso dichiarato inammissibile con l'appellata sentenza.

Il Collegio, ai fini della decisione della presente controversia, ritiene di dover prendere in esame, in via preliminare, la censura racchiusa nell'appello incidentale con la quale l'Amet spa sostiene la tardività del gravame di primo grado.

L'eccezione è infondata.

Ha osservato, in particolare, la Sez. V del Consiglio di Stato con la sentenza in rassegna che la natura di società di capitale non preclude l'esercizio del diritto di accesso da parte del consigliere comunale, atteso che la proprietà della medesima è imputabile al Comune; dalla partecipazione pubblica discende l'esercizio di attività certamente rientranti nella più generale attività dell'ente locale, che giustifica e legittima quindi la richiesta documentazione.

Sul punto, merita adesione la decisione gravata con l'appello in esame nella parte in cui ha ritenuto la nota del 30/7/2003 a firma della dott.ssa Perrotta, di contenuto meramente interlocutorio, posto che, come si evince dal chiaro tenore della locuzione ivi contenuta, demandava le finali determinazioni in ordine all'istanza ostensiva al Comune di Trani.

Per ragioni di completezza il Collegio osserva che anche aderendo all'impostazione difensiva dell'Amet s.p.a., il gravame di primo grado sarebbe stato comunque tempestivo. Invero, deve escludersi che l'inutile decorso del termine di trenta giorni per proporre ricorre al giudice amministrativo estingua il diritto all'accesso dell'interessato. La citata previsione dell'art. 25, comma 5, va infatti intesa nel senso che il richiedente che non ha proposto tempestivo ricorso giurisdizionale non abbia più titolo ad ottenere l'esecuzione coattiva dell'accesso da parte del giudice sulla base della domanda d'accesso già presentata e rimasta infruttuosa, ma conservi il titolo a presentare una nuova domanda d'accesso. Invero, sarebbe paradossale che l'introduzione generalizzata di un istituto quale il diritto d'accesso, che ha un dichiarato fine generale di pubblico interesse in una nuova e più democratica concezione dei rapporti tra amministrazione e amministrati, e che costituisce principio generale dell'ordinamento, venisse sottoposto ad uno speciale regime processuale che – se non fosse possibile proporre una nuova domanda d'accesso – sarebbe per l'interessato indubbiamente più restrittivo di quello generale (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 maggio 2003 n. 2938). Nel caso in esame risulta che, dopo la nota del 30 luglio 2003, il Sen. Visibelli reiterò l'istanza di accesso in ben due occasioni (8 agosto e 22 settembre 2003) meglio specificando gli atti e i documenti dei quali si chiedeva l'ostensione; il ricorso di primo grado, pertanto, anche sotto tale profilo, deve essere dichiarato ricevibile (risultando, altresì, erroneo il richiamo operato dal primo giudicante alla nota del 20 ottobre 2003).

Giudicato ricevibile il gravame di primo grado, si palesa opportuna l'esposizione di brevi considerazioni sul diritto di accesso riconosciuto dall'ordinamento ai consiglieri comunali e provinciali.

L'art. 43, comma 2, del Testo unico degli enti locali - D.Lgs n. 267/2000 - statuisce: «I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge» (disposizione che ha i suoi più immediati antecedenti nell'articolo 24 della L. n. 816/1985 - Esercizio delle funzioni consiliari «I consiglieri comunali, i consiglieri provinciali e i componenti delle assemblee delle unità sanitarie locali e delle comunità montane, per l'effettivo esercizio delle loro funzioni hanno diritto di prendere visione dei provvedimenti adottati dall'ente e degli atti preparatori in essi richiamati nonché di avere tutte le informazioni necessarie all'esercizio del mandato» - e nell'art. 31 comma 5 L. n. 142/1990 - Consigli comunali e provinciali «I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge»).

Dal contenuto di tale norma emerge chiaramente che i consiglieri comunali hanno diritto di accesso a tutti gli atti che possano essere d'utilità all'espletamento del loro mandato, ciò anche al fine di permettere di valutare con piena cognizione di causa la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'Amministrazione, nonché per esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del Consiglio, e per promuovere, anche nell'ambito del Consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale.

Il diritto codificato da tale disposizione è direttamente funzionale non tanto ad un interesse personale del consigliere comunale o provinciale, quanto alla cura di un interesse pubblico connesso al mandato conferito e, quindi, alla funzione di rappresentanza della collettività. Il diritto ha una ratio diversa, quindi, da quella che contraddistingue l'ulteriore diritto di accesso ai documenti amministrativi che è riconosciuto, non solo ai consiglieri comunali o provinciali, ma a tutti i cittadini (art. 7, legge n. 142/1990 applicabile agli atti degli enti locali) come pure, in termini più generali, a chiunque sia portatore di un interesse personale e concreto e per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, in riferimento ai documenti amministrativi detenuti da amministrazioni diverse dai comuni e dalle province (art. 22 legge 7 agosto 1990, n. 241; art. 2 d.PR. 27 giugno 1992, n. 352).

Invero, la finalizzazione dell'accesso all'espletamento del mandato costituisce, al tempo stesso, il presupposto legittimante l'accesso ed il fattore che ne delimita la portata. Le disposizioni richiamate, infatti, collegano l'ac-

cesso a tutto ciò che può essere effettivamente funzionale allo svolgimento dei compiti del singolo consigliere comunale e provinciale e alla sua partecipazione alla vita politico-amministrativa dell'ente (questo orientamento è confermato dalla giurisprudenza, che ha avuto occasione di precisare che il consigliere può accedere non solo ai "documenti" formati dalla pubblica amministrazione di appartenenza ma, in genere, a qualsiasi "notizia" od "informazione" utili ai fini dell'esercizio delle funzioni consiliari; cfr. Cass. Civ. Sez. III, sent. n. 8480 del 3 agosto 1995, in materia di acquisizione della registrazione magnetofonica di una seduta consiliare).

Il diritto di accesso del consigliere comunale non riguarda soltanto le competenze attribuite al consiglio comunale ma, essendo riferito all'espletamento del mandato, investe l'esercizio del munus in tutte le sue potenziali implicazioni per consentire la valutazione della correttezza ed efficacia dell'operato dell'amministrazione comunale (cfr.: Cons. Stato, V Sez. 21.2.1994 n. 119, Cons. Stato, V Sez. 26.9.2000 n. 5109, Cons. Stato, V Sez. 2.4.2001 n. 1893).

A differenza dei soggetti privati, il consigliere non è tenuto a motivare la richiesta né l'ente ha titolo per sindacare il rapporto tra la richiesta di accesso e l'esercizio del mandato, altrimenti gli organi dell'amministrazione sarebbero arbitri di stabilire essi stessi l'ambito del controllo sul proprio operato (Cons. Stato, V Sez. 7.5.1996 n. 528, Cons. Stato, V Sez. 22.2.2000 n. 940, Cons. Stato, V Sez. 26.9.2000 n. 5109; cfr. la recente Consiglio di Stato, Sezione V, 4 maggio 2004, n. 2716 secondo cui «Allorché una richiesta di accesso è avanzata per l'espletamento del mandato risulta, invero, insita nella stessa l'utilità degli atti richiesti al fine dell'espletamento del mandato. Il riferimento alle notizie ed alle informazioni "utili" contenuto nella norma in esame, non costituisce affatto una limitazione, se appena si considera l'intero contesto della disposizione. Il diritto di accesso è stato, infatti, attribuito ai consiglieri comunali per "tutte le notizie e le informazioni... utili all'espletamento del proprio mandato" e, quindi, per tutte le notizie ed informazioni ritenute utili, senza alcuna limitazione. Dal termine "utili" contenuto nella norma in oggetto non consegue, quindi, alcuna limitazione al diritto di accesso dei consiglieri comunali, bensì l'estensione di tale diritto a qualsiasi atto ravvisato utile all'espletamento del mandato»).

Infine, il diritto di avere dall'ente tutte le informazioni che siano utili all'espletamento del mandato non incontra alcuna limitazione derivante dalla loro natura riservata, in quanto il consigliere è vincolato all'osservanza del segreto (Cons. Stato, V Sez. 20.2.2000 n. 940 e la già citata Consiglio di Stato, Sezione V, 4 maggio 2004, n. 2716).

Alla luce delle esposte considerazioni si palesa erronea la gravata sentenza tanto nella parte in cui ha ritenuto l'istanza ostensiva del 28-29.7.2003 (e la nota dell'8/8/2003) dell'odierno appellante sfornita di qualsivoglia motivazione in ordine all'interesse e alle ragioni che devono supportare la richiesta di accesso, quanto nella parte in cui ha ritenuto tale motivazione funzionale all'esigenza di consentire all'Amministrazione una adeguata valutazione delle ragioni e dell'interesse all'accesso, motivazione e valutazione che, come detto, risultano estranee, per consolidata giurisprudenza, alla fattispecie in esame (essendo, piuttosto, tipiche del diverso istituto scolpito dall'art. 25 L. n. 241/1990), come correttamente rilevato dalla difesa dell'appellante.

La peculiarità del caso sottoposto all'esame del Collegio attiene alla particolare natura del soggetto nei confronti del quale l'istanza ostensiva è diretta: si tratta, invero, di una società di capitali a partecipazione pubblica (comunale) totalitaria - nata dalla trasformazione dell'Azienda speciale del Comune di Trani - preposta all'erogazione dei servizi pubblici del trasporto urbano e dell'energia elettrica.

Orbene, questa Sezione ha già avuto modo di chiarire che è legittima la richiesta di informazioni nei confronti di una società a prevalente capitale comunale, svolta da un consigliere comunale, con riferimento sia all'art. 24 l. 27 dicembre 1985 n. 816, che prevede che i consiglieri comunali, per l'effettivo esercizio delle loro funzioni, hanno diritto di prendere visione dei provvedimenti adottati dall'ente e degli atti preparatori in essi richiamati, sia all'art. 31 comma 5 l. 8 giugno 1990 n. 142, che stabilisce che gli stessi hanno diritto di ottenere dagli uffici comunali e dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie ed informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del mandato (Cons. Stato, sez. V, 05/09/2002, n.4472).

La lettura sostanzialistica racchiusa nella citata decisione, lettura condivisa dal Collegio, risulta coerente alla giurisprudenza di questo Consesso in materia di società miste la cui costituzione, per la gestione dei servizi pubblici locali, qualora si renda opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale di questi, costituisce un

modello organizzativo e gestionale sì alternativo a quello dell'azienda speciale, ma non per questo del tutto alieno a connotati e finalità sostanzialmente pubblici, perchè, ai fini dell'identificazione di un soggetto pubblico, la forma societaria assume veste neutrale ed il perseguimento di uno scopo pubblico non è di per sé in contraddizione con il fine societario lucrativo - art. 2247 c.c. - (cfr. Cons. Stato, sez. V, 03/09/2001, n.4586; cfr.: «Il modulo organizzativo della società mista per azioni ex art. 22 comma 3 lett. e), l. 8 giugno 1990 n. 142 (a prevalente capitale pubblico) delinea una forma di gestione diretta del servizio pubblico nel cui ambito non solo il rapporto tra pubblica amministrazione e società è di natura giuspubblicistica, ma soprattutto la società stessa diviene organo indiretto dell'ente, deputato allo svolgimento del servizio affidatole» Cons. Stato, sez. V, 19/02/1998, n.192).

La natura di società di capitale non preclude, pertanto, l'esercizio del diritto de quo, atteso che la proprietà della medesima è imputabile al Comune; dalla partecipazione pubblica discende l'esercizio di attività certamente rientranti nella più generale attività dell'ente locale, che giustifica e legittima quindi la richiesta documentazione.

Non merita di essere accolta l'eccezione di legittimità costituzionale avanzata dalla Amet s.p.a. in ordine al sopra citato art. 43 del Testo unico enti locali per difetto del requisito della non manifesta infondatezza della questione. Si prescinde, altresì, dall'invocata disapplicazione dell'art. 29 dello Statuto del Comune di Trani, avendo il Collegio incentrato il decisum sui dati normativi di fonte primaria.

Si osserva, infine, in ordine ai gravissimi danni paventati dalla difesa dell'Amet s.p.a. che per espressa previsione normativa (art. 43 del Testo unico enti locali) i consiglieri che esercitano il diritto di accesso sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge.

Assorbiti gli altri motivi.

Per le ragioni esposte l'appello principale va accolto, mentre deve essere rigettato l'appello incidentale.

Le spese seguono la soccombenza secondo la liquidazione del dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione V) accoglie l'appello principale e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, accoglie il ricorso di primo grado ed ordina all'Amet s.p.a. di consentire al Sen. Visibelli l'accesso ai documenti nei termini oggetto di richiesta.

Rigetta l'appello incidentale.

Condanna la Amet s.p.a. al pagamento di Euro 1.000 in favore del Sen. Dott. Visibelli a titolo di spese di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 25 giugno 2004, con l'intervento dei sigg.ri

Agostino Elefante	Presidente,
Raffaele Carboni	Consigliere,
Paolo Buonvino	Consigliere,
Marzio Branca	Consigliere,
Michele Corradino	Consigliere estensore,
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Michele Corradino	f.to Agostino Elefante

Depositata il 9 dicembre 2004.

TAR Toscana – Sentenza n. 2785/2005

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA TOSCANA

I^A SEZIONE

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso n. 362/2005 proposto da sul ricorso di Bianucci Cristiana, rappresentata e difesa dall'avv. Lidia Martini, con elezione di domicilio presso lo studio della medesima, in Firenze, Via dell'Oriuolo, 18

contro

La Società Terme di Montecatini Immobiliare S.p.A., in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione pro tempore, non costituita in giudizio

e nei confronti

- del Comune di Montecatini Terme, in persona del Sindaco pro tempore rappresentato e difeso dall'Avvocato Rossana Parlanti, con elezione di domicilio presso l'Avv. Luigi Spina, in Firenze, Via Torta, n. 9;
- della Regione Toscana, in persona del Presidente pro tempore della Giunta Regionale;

per

l'accertamento e la dichiarazione del diritto della ricorrente di accedere, ai sensi dell'art. 25 della legge 241/90 ai documenti richiesti con istanza del 31 gennaio 2005 nonché per la condanna della Società intimata di produrre ed esibire in favore della della ricorrente gli atti in questione, con facoltà di estrarre copia.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ad adiuvandum della ricorrente del Comune di Montecatini Terme;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla Camera di Consiglio del 22 marzo 2005 il relatore Consigliere Andrea Migliozzi, l'Avv. U. Franceschetti per L. Martini e l'Avv. R Parlanti;

Ritenuto e considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

La ricorrente dott.ssa Bianucci Cristiana, Consigliere comunale del Comune di Montecatini Terme riferisce che in territorio di detto Ente opera la Terme di Montecatini Immobiliare S.p.a., una società a capitale pubblico totalitario di cui sono soci, ciascuno con il 50% delle azioni aventi diritto al voto, il Comune di Montecatini Terme e la Regione Toscana, avente ad oggetto sociale, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 59/97 l'esercizio di tutte le attività di valorizzazione, sfruttamento e promozione delle acque termali del compendio di Montecatini.

La ricorrente, nella sua qualità di Consigliere Comunale nonché di Presidente della Commissione speciale di indagine su problemi delle Terme, istituita con deliberazione consiliare n. 64 del 17.09.2004, facendo seguito ad una prima richiesta di accesso del 19.10.2004 (integrata in data 2.10.2004) con istanza del 3 gennaio 2005

chiedeva al Presidente pro tempore del Consiglio di Amministrazione della Terme di Montecatini Immobiliare S.p.A." l'accesso ai seguenti documenti:

- 1) verbale della riunione e relazione finale della Commissione istituita per la valutazione delle offerte dei partecipanti alla gara per l'assegnazione della gestione delle Terme di Montecatini ai soci privati;
- 2) verbale dei consigli di amministrazione dalla privatizzazione ad oggi;
- 3) documento redatto dal C.d.a. presieduto dal Dr. Luigi Rumi per il passaggio delle consegne al nuovo C.d.a. (cfr. verbale assemblea dei soci del 20.6.2002);
- 4) Parere richiesto allo studio Vitali-Romagnoli-Piccardi e associati di Roma (cfr. verbale assemblea dei soci del 20.6.2002);
- 5) Rendicontazione 2003;
- 6) Rendicontazione 2004;
- 7) Ordinanza del Tribunale di Pistoia in risposta al ricorso ex art. 2409 c.c.).

In riferimento a tale richiesta, il Presidente della Terme Montecatini Immobiliare S.p.a, con nota del 17 gennaio 2005 faceva presente di aver acquisito sulla questione due pareri "pro veritate", confermando di non poter accogliere la richiesta di accesso per quanto concerne i documenti indicati ai numeri indicati ai numeri 2 a 7, mentre riteneva di poter assumere una diversa decisione in merito ai documenti di cui al n. 1.

L'interessata D.ssa Bianucci Cristiana così proposto il ricorso giurisdizionale all'esame a mezzo del quale ha chiesto che sia dichiarato illegittimo il diniego opposto ed accertato, ai sensi dell'art. 25 della legge 242/90, il proprio diritto ad ottenere, nella sua qualità di consigliere comunale di Montecatini Terme e di Presidente della Commissione di indagine sui problemi delle terme, l'accesso di cui alla istanza del 3 gennaio 2005.

A fondamento del proposto gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

- 1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 43, comma 2 del Dlgs. 267/2000, dell'art. 18, comma 6 dello Statuto comunale, dell'art. 26 del Regolamento del Consiglio Comunale e dell'art. 10 del Regolamento Comunale sul diritto di accesso alle informazioni, agli atti e ai documenti amministrativi;
- 2) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 44 del Dlgs. 267/2000, dell'art. 21, comma 11° dello Statuto comunale e dell'art. 15 del Regolamento del Consiglio Comunale;
- 3) Eccesso di potere per illogicità e/o contraddittorietà, travisamento dei fatti e difetto di motivazione.

Si è costituito a sostegno delle ragioni della ricorrente il Comune di Montecatini Terme.

Tanto premesso, ritiene il Collegio che la pretesa qui azionata ai sensi e per gli effetti dell'art. 25 della legge 241/90 sia giuridicamente infondata.

La fattispecie sottoposta all'esame di questa Sezione introduce il problema della portata e limiti dell'esercizio del diritto di accesso da parte del soggetto che riveste la carica di consigliere comunale.

Vine, in particolare, in rilievo, il disposto di cui all'art. 43, 2° comma del Dlgs. 267 del 18/82000 (Testo unico sugli Enti Locali) a mente del quale, "i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente de Comune e della Provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento di proprio mandato ed è proprio con specifico ed esclusivo riferimento a tale norma che la ricorrente, quale Consigliere del Comune di Montecatini Terme invoca il proprio diritto ad ottenere l'ostensibilità dei documenti inerenti l'assetto e l'attività gestionale della S.p.a. Terme Immobiliare, Società di cui il predetto Ente locale è socio con una partecipazione del 50%.

Ora, come più volte ribadito in giurisprudenza (Cons. Stato Sez. V 4.5.2004, n. 2716 – Tar Abruzzo Pescara 16.12.2004, n. 1100) quando agisce nell'esercizio delle proprie funzioni connesse al mandato rappresentativo (così come avviene nel caso di specie) il consigliere comunale per l'esercizio del diritto di accesso non è tenuto a specificare i motivi della richiesta allo stesso modo in cui lo status del medesimo rivestito lo abilita a conoscere di tutte le attività svolte dall'Amministrazione nonché dalle aziende e dagli Enti dipendenti.

Trattasi, com'è agevole evincere, del riconoscimento di un diritto molto più ampio rispetto a quello generalmente previsto dall'art. 22 della legge 241/90 e ciò avendo riguardo sia alla legittimazione sia al contenuto

della pretesa ad accedere ai documenti amministrativi, per effetto, appunto della posizione qualificata rinvenibile in capo al consigliere comunale in relazione al munus rivestito.

Ciò nondimeno nel caso all'esame la richiesta di accesso formulata dalla ricorrente nella sua qualità di consigliere comunale non può trovare accoglimento per il fatto che la società partecipata Terme immobiliare non può considerarsi "ente dipendente", ai sensi e per gli effetti della norma di cui al citato art. 43, comma 2, del Dlgs. 267/2000.

Invero, come pacificamente ammesso in giudizio e rilevabile dall'istruttoria in atti di causa, le partecipazioni sociali della S.p.a. Terme di Montecatini Immobiliare sono equamente divise (al 50%) tra il Comune di Montecatini Terme e la Regione Toscana di talché la predetta Società non può farsi rientrare, ai fini dell'ambito dell'applicazione della disposizione legislativa ex art. 43, 2° comma citato tra i soggetti pubblici nei confronti dei quali è possibile esercitare "l'actio ad exhibendum"

E allora se l'accesso consentito al consigliere comunale dalla norma di che trattasi è diretto a rendere concreta la possibilità di conoscere documenti considerati utili all'espletamento del mandato, un siffatto "diritto" può essere fatto valere unicamente nei confronti di quegli organismi che rientrino integralmente nell'ambito istituzionale e amministrativo dell'Ente esponenziale in nome e per conto del quale il mandato rappresentativo viene esercitato.

Opinare diversamente significherebbe attribuire al consigliere comunale un privilegio che la normativa in questione (ivi compresa quella normativa e regolamentare del Comune di Montecatini Terme) non ha inteso affatto recare, dovendo peraltro qui osservarsi del pari come una tale limitazione sussista nella specie anche per un Consigliere Regionale che, in ipotesi, volesse esercitare il diritto di accesso (stante, invero, la perfetta omogeneità delle posizioni qui emergenti).

Va da sé che le ragioni ostative sopra illustrate non hanno motivo di essere ove la ricorrente si munisca del previo, eventuale, assenso ad ottenere l'accesso ai documenti richiesti da parte della Regione Toscana.

Conclusivamente, il diniego di accesso opposto alla consigliera comunale Cristiana Bianucci si appalesa immune dai vizi di legittimità dedotti col proposto ricorso che, pertanto, va respinto.

Sussistono, peraltro, giusti motivi per compensare tra le parti le spese e competenze del giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana – Sezione I – definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze, in Camera di Consiglio, il 22 marzo 2005.

Avv. Giovanni VACIRCA	Presidente
Dott. Andrea MIGLIOZZI	Consigliere, rel., est.
Dott. Bernardo MASSARI	Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 7 GIUGNO 2005

Firenze, lì 7 GIUGNO 2005

IL DIRETTORE DELLA SEGRETERIA
F.to Mario Uffreduzzi

Capitolo 10

Holding ed affidamento in house

Corte di giustizia europea, Sez. I, Sentenza n. C-340/04 del 11/5/2006

Il fatto che l'ente locale eserciti la sua influenza sulla società aggiudicataria per il tramite di una società holding può incidere negativamente sulla sussistenza del "controllo analogo" ai fini della legittimità di un affidamento in house.

Non è compatibile con la direttiva 93/36 l'affidamento diretto di un appalto per la fornitura di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, ad una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice. La circostanza che il controllo esercitato dal comune su queste due società si risolve sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società. Inoltre l'influenza del comune sulle decisioni della società aggiudicataria viene esercitata mediante una società holding. L'intervento di un siffatto tramite può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale. Ne consegue che, in tali circostanze, previa verifica di queste ultime da parte del giudice di merito di cui alla causa principale, l'amministrazione aggiudicatrice non esercita sulla società aggiudicataria dell'appalto pubblico in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

La condizione d'inapplicabilità della direttiva 93/36 secondo la quale l'impresa cui è stato direttamente affidato un appalto di fornitura deve svolgere la parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene non va accertata facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni.

Nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, al fine di decidere in merito all'applicabilità della direttiva 93/36, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività.

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

11 maggio 2006 (*)

«Direttiva 93/36/CEE – Appalti pubblici di forniture – Affidamento senza gara d'appalto – Affidamento dell'appalto ad un'impresa in cui l'amministrazione aggiudicatrice detiene una partecipazione»

Nel procedimento C-340/04,

avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia con ordinanza 27 maggio 2004, pervenuta in cancelleria il 9 agosto 2004, nella causa tra

Carbotermo SpA,
Consorzio Alisei

e

Comune di Busto Arsizio,
AGESP SpA,

in presenza di:

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dal sig. P. Jann, presidente di sezione, dal sig. K. Schiemann, dalla sig.ra N. Colneric, dai sigg. J.N. Cunha Rodrigues (relatore) e E. Levits, giudici,

avvocato generale: sig.ra C. Stix-Hackl,

cancelliere: sig.ra C. Strömholm, amministratore,

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 10 novembre 2005,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Carbotermo SpA, dagli avv.ti A. Sansone e P. Sansone;
- per il Consorzio Alisei, congiuntamente ad AGESI, dagli avv.ti B. Becchi e L. Grillo;
- per il Comune di Busto Arsizio, dall'avvocata C. Caputo;
- per la AGESP SpA, dagli avv.ti A. Sciumè e D. Tassan Mazzocco;
- per il governo italiano, dal sig. I.M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato;
- per il governo tedesco, dal sig. W.-D. Plessing, in qualità di agente;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per il governo polacco, dal sig. T. Nowakowski, in qualità di agente;
- per il governo del Regno Unito, dal sig. M. Hoskins, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. X. Lewis e dalla sig.ra D. Recchia, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 12 gennaio 2006,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1).

2 Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia che vede contrapporsi l'impresa Carbotermo SpA (in prosieguo: la «Carbotermo») e il consorzio Alisei al comune di Busto Arsizio e all'impresa AGESP SpA (in prosieguo: la «AGESP») in merito all'affidamento a quest'ultima di un appalto relativo alla fornitura di combustibili, alla manutenzione, all'adeguamento normativo e alla riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici del suddetto comune.

Contesto normativo

La disciplina comunitaria

3 L'art. 1, lett. a) e b), della direttiva 93/36 dispone quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva si intendono per:

- a) “appalti pubblici di forniture”, i contratti a titolo oneroso, aventi per oggetto l’acquisto, il leasing, la locazione, l’acquisto a riscatto con o senza opzione per l’acquisto di prodotti, conclusi per iscritto fra un fornitore (persona fisica o giuridica) e una delle amministrazioni aggiudicatrici definite alla lettera b). La fornitura di tali prodotti può comportare, a titolo accessorio, lavori di posa e installazione;
- b) “amministrazioni aggiudicatrici”, lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

Per “organismo di diritto pubblico” si intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e
- avente personalità giuridica, e
- la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

(...).

4 L’art. 6 della stessa direttiva così prevede:

«1. Nell’aggiudicare gli appalti pubblici di forniture, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le (...) [procedure aperte, le procedure ristrette e le procedure negoziate] nei casi esposti in appresso.

2. Le amministrazioni possono aggiudicare gli appalti di forniture mediante procedura negoziata in caso di (...)

3. Le amministrazioni possono aggiudicare appalti di forniture mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara nei casi seguenti:

(...)

4. In tutti gli altri casi le amministrazioni aggiudicano gli appalti pubblici di forniture con procedura aperta ovvero con procedura ristretta».

5 L’art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), così prevede:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

3) “Impresa collegata” qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell’ente aggiudicatore a norma della direttiva 83/349/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1983, basata sull’articolo 54, paragrafo 3, lettera g) del trattato e relativa ai conti consolidati (...) [GU L 193, pag. 1], ovvero, nel caso di enti non soggetti a tale direttiva, qualsiasi impresa sulla quale l’ente aggiudicatore eserciti, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo nonché qualsiasi impresa che eserciti un’influenza dominante sull’ente aggiudicatore ovvero, come quest’ultimo, sia soggetta all’influenza dominante di un’altra impresa in forza di proprietà, partecipazione finanziaria o norme interne».

6 L’art. 13 della medesima direttiva prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva non si applica agli appalti di servizi:

- a) assegnati da un ente aggiudicatore ad un’impresa collegata;
- b) assegnati da un’impresa comune, costituita da più enti aggiudicatori per l’esercizio di attività ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 2, ad uno di questi enti aggiudicatori o ad un’impresa collegata ad uno degli enti aggiudicatori, sempreché almeno l’80% della cifra d’affari media realizzata nella Comunità dall’impresa in

questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata.

Allorché lo stesso servizio o servizi simili sono forniti da più di un'impresa collegata all'ente aggiudicatore, occorre tener conto della cifra d'affari totale nella Comunità risultante dalla fornitura di servizi da parte di queste imprese.

2. Gli enti aggiudicatori notificano alla Commissione, dietro sua richiesta, le informazioni seguenti relative all'applicazione del paragrafo 1:

- i nomi delle imprese interessate;
- il tipo e il valore degli appalti di servizi in questione;
- gli elementi di prova che, a giudizio della Commissione, sono necessari per dimostrare che le relazioni tra l'ente aggiudicatore e l'impresa aggiudicataria soddisfano le condizioni del presente articolo».

Il diritto italiano

7 Con sentenza 18 settembre 2003, n. 5316, il Consiglio di Stato ha stabilito che un ente locale è legittimato ad affidare un appalto a un fornitore senza ricorrere a una gara d'appalto nell'ipotesi in cui l'ente locale eserciti sul fornitore un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, e il fornitore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che lo controlla.

La controversia di cui alla causa principale e le questioni pregiudiziali

8 La Carbotermo è un'impresa specializzata negli appalti di fornitura di energia e di gestione di impianti termici, a favore di clienti pubblici e privati.

9 Il consorzio Alisei è un'impresa che fornisce prodotti energetici e servizi attinenti alla climatizzazione e al riscaldamento degli edifici.

10 La AGESP Holding SpA (in prosieguo: la «AGESP Holding») è una società per azioni nata dalla trasformazione, decretata il 24 settembre 1997, dell'Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, impresa speciale del comune di Busto Arsizio. Il capitale sociale della AGESP Holding appartiene attualmente per il 99,98% al comune di Busto Arsizio. Gli altri azionisti sono i comuni di Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate e Olgiate Olona, ciascuno dei quali detiene un'azione.

11 Ai sensi dell'art. 2 del suo statuto, nell'oggetto della AGESP Holding rientra la gestione di servizi di pubblica utilità nei settori del gas, dell'acqua, dell'igiene ambientale, dei trasporti, dei parcheggi, dei bagni pubblici, delle farmacie, dell'energia elettrica e del calore, dei servizi cimiteriali e della segnaletica stradale.

12 L'art. 6 del suddetto statuto prevede che:

«(..) [L]a maggioranza delle azioni [è] riservata al Comune di Busto Arsizio.

(..)

Oltre al Comune di Busto Arsizio possono entrare a far parte della Società altri enti pubblici territoriali locali (Province, Comuni e loro consorzi), enti economici, finanziari, associazioni territoriali e di categoria, nonché privati cittadini che ne condividano le finalità statutarie (..).

13 L'art. 7 dello stesso statuto precisa quanto segue:

«Nessun socio privato può possedere una quota superiore alla decima parte dell'intero capitale della società (..).

14 Ai sensi dell'art. 18 dello statuto della AGESP Holding, quest'ultima è amministrata da un consiglio di amministrazione.

15 A norma dell'art. 26 del suddetto statuto:

«Il Consiglio di Amministrazione è investito di tutti i più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della Società, con facoltà di compiere tutti gli atti che ritiene opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento dello scopo sociale, esclusi solo quelli che la Legge o lo Statuto in modo tassativo riservano all'Assemblea (...)».

16 La AGESP è una società per azioni costituita il 12 luglio 2000 dalla AGESP Holding e il cui capitale sociale appartiene attualmente per il 100% a quest'ultima.

17 A norma dell'art. 3 del suo statuto, nella versione modificata – prodotta dinanzi al giudice a quo – con la quale è stato ampliato l'oggetto della società, la AGESP ha per oggetto l'esercizio di attività connesse ai servizi di pubblica utilità nei settori del gas, dell'acqua, dell'igiene ambientale, dei trasporti, dei parcheggi, dell'energia elettrica, del calore, della climatizzazione, dell'informatica, delle telecomunicazioni, della gestione del sottosuolo, dell'illuminazione nonché la prestazione di altri servizi in favore delle società associate.

18 L'art. 7 dello statuto della AGESP così prevede:

«Nessun socio, ad eccezione della Società controllante AGESP Holding (...), può possedere una quota superiore alla decima parte dell'intero capitale della società (...)».

19 Ai sensi dell'art. 17 del suddetto statuto, la AGESP è amministrata da un consiglio.

20 A questo proposito, l'art. 19 dello stesso statuto precisa quanto segue:

«Al Consiglio competono [i] più ampi ed illimitati poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della Società (...)».

21 Il 22 settembre 2003 il comune di Busto Arsizio ha indetto una gara per la fornitura di combustibili, nonché per la manutenzione, l'adeguamento normativo e la riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici comunali. L'importo dell'appalto, stimato nella misura di EUR 8 450 000 oltre all'imposta sul valore aggiunto (IVA), era ripartito in EUR 5 700 000 per la fornitura di combustibili (di cui gasolio per 4/5 e metano per 1/5), EUR 1 000 000 per la manutenzione degli impianti termici ed EUR 1 750 000 per la riqualificazione e la messa a norma dei suddetti impianti.

22 La Carbotermo ha presentato un'offerta in data 22 novembre 2003. Il consorzio Alisei ha predisposto un'offerta senza tuttavia presentarla entro il termine previsto.

23 Il 21 novembre 2003 il comune di Busto Arsizio ha deciso, alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 5316, menzionata al punto 7 della presente sentenza, di sospendere la procedura di gara fino al 10 dicembre 2003.

24 Con deliberazione 10 dicembre 2003, il comune di Busto Arsizio ha revocato la gara, riservandosi di affidare in seguito l'appalto direttamente alla AGESP.

25 Con deliberazione 18 dicembre 2003, il comune di Busto Arsizio ha affidato l'appalto in questione direttamente alla AGESP. Esso ha motivato tale decisione adducendo che la AGESP soddisfaceva i due requisiti stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale per concludere appalti pubblici senza gara, vale a dire che l'ente locale eserciti sull'ente aggiudicatario un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e che il suddetto ente aggiudicatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente locale che lo controlla. Nel preambolo di tale decisione si afferma, da un lato, che il fatto che il comune di Busto Arsizio detenga il 99,98% del capitale della AGESP Holding, alla quale appartiene per il 100% il capitale della AGESP, attesta un rapporto di subordinazione tra quest'ultima e il comune in questione. D'altro lato, in detto preambolo si afferma che la parte largamente maggioritaria del fatturato della AGESP consegue dall'esercizio di attività per le quali la stessa è titolata in forza di affidamenti ottenuti direttamente dal comune di Busto Arsizio.

26 Con bando del 23 gennaio 2004, la AGESP ha indetto una gara d'appalto nell'ambito di una procedura accelerata per la fornitura del gasolio in questione e in data 27 febbraio 2004 ha affidato il suddetto appalto all'impresa Pezzoli Petroli Srl. In date 28 aprile, 18 maggio, 30 giugno e 2 settembre 2004, la AGESP ha affidato ad altre imprese appalti riguardanti il passaggio al metano, la riqualificazione tecnologica, l'adeguamento normativo e l'installazione di un sistema di controllo e di gestione a distanza per gli impianti termici di vari edifici comunali. Né la Carbotermo né il consorzio Alisei risultavano tra le imprese aggiudicatrici di questi appalti.

27 La Carbotermo e il consorzio Alisei hanno impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia le deliberazioni che avevano sospeso la gara e affidato l'appalto in questione alla AGESP.

28 Dinanzi al summenzionato tribunale le due imprese in questione hanno rilevato che, nel caso di specie, non ricorrevano le condizioni che rendono inapplicabile la direttiva 93/36. Da un lato, la AGESP non sarebbe controllata dal comune di Busto Arsizio in quanto quest'ultimo detiene la sua partecipazione nella AGESP solo mediante una holding di cui è azionista per il 99,98% e la AGESP conserva l'autonomia di una società per azioni di diritto privato. Dall'altro lato, la AGESP non svolgerebbe la parte più importante della sua attività a favore del comune di Busto Arsizio, poiché realizzerebbe con il comune in questione una quota nettamente inferiore all'80% del suo fatturato, criterio che si sarebbe dovuto accogliere per analogia con l'art. 13 della direttiva 93/38.

29 Il comune di Busto Arsizio e la AGESP hanno replicato che l'affidamento diretto era consentito nella fattispecie poiché la AGESP era controllata dal comune di Busto Arsizio in ragione della partecipazione di quest'ultimo al suo capitale e che la stessa svolgeva la parte più importante della sua attività con il suddetto comune. A tale proposito, la AGESP ha precisato che oltre il 28% del fatturato da essa realizzato nel territorio del comune di Busto Arsizio si riferiva a prestazioni direttamente fornite al comune e che il fatturato da essa realizzato nel suddetto territorio rappresentava il 65,59% del suo fatturato globale.

30 Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha pertanto deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) se sia compatibile con la direttiva 93/36 (...) l'affidamento diretto dell'appalto per la fornitura di combustibili e calore per impianti termici di edifici di proprietà o competenza del Comune, e relativa gestione, conduzione, manutenzione (con prevalenza del valore della fornitura), ad una società per azioni il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza (al 99,98%) il Comune appaltante, ovvero ad una società (AGESP) che non è partecipata direttamente dall'Ente Pubblico, ma da un'altra società (AGESP Holding) il cui capitale è attualmente posseduto al 99,98% dalla Pubblica Amministrazione;

2) se il requisito dello svolgimento, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'Ente pubblico che la controlla debba essere accertato facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38 (...), e possa ritenersi sussistente nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'Ente pubblico controllante o, in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso».

Sulle questioni pregiudiziali Sulla prima questione

31 La Corte ha già statuito che, se un appalto pubblico ha ad oggetto nel contempo prodotti ai sensi della direttiva 93/36 e servizi ai sensi della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), esso rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36 qualora il valore dei prodotti oggetto dell'appalto sia superiore a quello dei servizi (sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, Racc. pag. I-8121, punto 38). Un appalto come quello di cui trattasi nella causa principale, in cui il valore dei prodotti è superiore a quello dei servizi oggetto dello stesso, rientra pertanto nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36, come ha d'altronde constatato il giudice del rinvio.

32 L'esistenza di un contratto ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36 implica che vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte (sentenza Teckal, cit., punto 49).

33 Conformemente all'art. 1, lett. a), della suddetta direttiva, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato tra, da una parte, un ente locale e, dall'altra, una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la detengono (sentenza Teckal, cit., punto 50).

34 Dall'ordinanza di rinvio e dagli atti di causa risulta che, allo stato, all'amministrazione aggiudicatrice appartiene il 99,98% del capitale della AGESP Holding, mentre il restante 0,02% è nelle mani di altri enti locali. Con-

formemente allo statuto della AGESP Holding, azionisti privati possono entrare nel capitale di tale società a due condizioni: da un lato, la maggioranza delle azioni è riservata al comune di Busto Arsizio; dall'altro, nessun azionista privato può possedere una quota superiore alla decima parte del capitale della suddetta società.

35 A sua volta, la AGESP Holding detiene, allo stato, il 100% del capitale della AGESP. In base allo statuto di quest'ultima, il suo capitale può essere accessibile ad azionisti privati alla sola condizione che a nessun azionista, ad eccezione della AGESP Holding, possa appartenere più di un decimo del capitale della suddetta società.

36 Per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società (v. sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 65).

37 Il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicataria potrebbe indicare, pur non essendo decisivo, che l'amministrazione aggiudicatrice in questione esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ai sensi del punto 50 della menzionata sentenza Teckal.

38 Degli atti di causa risulta che gli statuti della AGESP Holding e della AGESP attribuiscono al consiglio di amministrazione di ciascuna delle società i più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società. Gli statuti di cui trattasi non riservano al comune di Busto Arsizio nessun potere di controllo o diritto di voto particolare per limitare la libertà d'azione riconosciuta a detti consigli di amministrazione. Il controllo esercitato dal comune di Busto Arsizio su queste due società si risolve sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società di cui trattasi.

39 Inoltre, l'eventuale influenza del comune di Busto Arsizio sulle decisioni della AGESP viene esercitata mediante una società holding. L'intervento di un siffatto tramite può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale.

40 Ne consegue che, in tali circostanze, previa verifica di queste ultime da parte del giudice di merito di cui alla causa principale, l'amministrazione aggiudicatrice non esercita sulla società aggiudicataria dell'appalto pubblico in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

41 L'art. 6 della direttiva 93/36 impone alle amministrazioni che aggiudicano un appalto pubblico di ricorrere alla procedura aperta o alla procedura ristretta, salvo che l'appalto rientri in uno dei casi eccezionali tassativamente elencati ai nn. 2 e 3 del suddetto articolo. Dall'ordinanza di rinvio non risulta che l'appalto di cui trattasi nella causa principale rientri in uno di tali casi.

42 Ne consegue che la direttiva 93/36 osta all'affidamento diretto di un appalto pubblico in circostanze analoghe a quelle della causa principale.

43 Contro una conclusione in tal senso il governo italiano obietta che il fatto che la AGESP debba ricorrere a una procedura di aggiudicazione pubblica per acquistare il gasolio in questione prova che il comune di Busto Arsizio, la AGESP Holding e la AGESP devono essere considerati nel loro insieme come un unico «organismo di diritto pubblico» ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/36, tenuto ad aggiudicare appalti pubblici di forniture in conformità alla normativa comunitaria e nazionale in materia.

44 Tale argomento non può essere accolto. Da un lato, il comune di Busto Arsizio rientra nella nozione di «ente locale» e non in quella di «organismo di diritto pubblico» ai sensi di detta disposizione. D'altro lato, il comune di Busto Arsizio, la AGESP Holding e la AGESP dispongono ciascuno di una distinta personalità giuridica.

45 Peraltro, come ha rammentato la Corte al punto 43 della menzionata sentenza Teckal, le sole deroghe consentite all'applicazione della direttiva 93/36 sono quelle in essa tassativamente ed espressamente menzionate.

46 Ora, la direttiva 93/36 non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50, che escluda dal suo ambito di applicazione appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici (sentenza Teckal, cit., punto 44).

47 Si deve di conseguenza risolvere la prima questione nel senso che la direttiva 93/36 osta all'affidamento diretto di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, a una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice.

Sulla seconda questione

48 La seconda questione consta di due parti.

49 Da un lato, il giudice del rinvio intende chiarire se la condizione consistente nello svolgimento, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene debba essere accertata facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38. D'altro lato, esso si chiede se si possa ritenere che tale presupposto ricorra nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'ente pubblico che la detiene o nel territorio dell'ente stesso.

Prima parte della seconda questione

50 Dall'ordinanza di rinvio emerge che l'appalto di cui trattasi nella causa principale rientra nella direttiva 93/36.

51 Si tratta quindi di accertare se l'eccezione prevista dall'art. 13 della direttiva 93/38 debba valere, per analogia, anche con riferimento all'ambito di applicazione della direttiva 93/36.

52 L'eccezione prevista dal suddetto art. 13 riguarda solo gli appalti di servizi e ne sono esclusi gli appalti di forniture.

53 L'art. 13 della direttiva 93/38 riguarda determinati operatori, in particolare imprese comuni e imprese dai conti annuali consolidati, aventi modalità di funzionamento che differiscono da quelle delle amministrazioni aggiudicatrici previste dalla direttiva 93/36.

54 Inoltre, il suddetto articolo prevede un meccanismo di notifica alla Commissione che non potrebbe essere trasposto alla direttiva 93/36, in mancanza di un fondamento normativo.

55 Dal momento che le eccezioni devono essere interpretate restrittivamente, ne deriva che non si deve estendere l'operatività dell'art. 13 della direttiva 93/98 all'ambito di applicazione della direttiva 93/36.

56 Tale conclusione è confermata dal fatto che, in sede di rifusione delle direttive in materia di appalti pubblici risalente al 2004, il legislatore comunitario, pur mantenendo la suddetta eccezione con l'art. 23 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1), ha scelto di non includere un'analoga eccezione nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), subentrata alla direttiva 93/36.

57 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve risolvere la prima parte della seconda questione nel senso che la condizione d'inapplicabilità della direttiva 93/36 secondo la quale l'impresa cui è stato direttamente affidato un appalto di fornitura deve svolgere la parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene non va accertata facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38.

Seconda parte della seconda questione

58 Si deve rammentare che l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è la libera circolazione delle merci e dei servizi nonché l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 44).

59 Le condizioni in presenza delle quali, secondo la menzionata sentenza Teckal, la direttiva 93/36 è inapplicabile agli appalti conclusi tra un ente locale e un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo, vale a dire che, al contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che il soggetto di cui trattasi svolga la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono, hanno, in particolare, lo scopo di evitare che sia falsato il gioco della concorrenza.

60 La condizione che il soggetto di cui trattasi realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono è finalizzata, in particolare, a garantire che la direttiva 93/36 continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese.

61 Infatti, un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori.

62 È inoltre necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione. Entro tali limiti, risulta giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 93/36, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere.

63 In applicazione di detti principi, si può ritenere che l'impresa in questione svolga la parte più importante della sua attività con l'ente locale che la detiene, ai sensi della menzionata sentenza Teckal, solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale.

64 Per verificare se la situazione sia in questi termini il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative.

65 Quanto all'accertare se occorra tener conto in tale contesto solo del fatturato realizzato con l'ente locale controllante o di quello realizzato nel territorio di detto ente, occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni.

66 Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni.

67 Non è rilevante sapere chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente. Risulta parimenti ininfluyente sapere su quale territorio siano erogate tali prestazioni.

68 Dal momento che, nella causa principale, il capitale dell'impresa aggiudicataria appartiene indirettamente a vari enti locali, può essere rilevante esaminare se l'attività da prendere in considerazione sia quella che l'impresa aggiudicataria realizza con tutti gli enti che la detengono o soltanto quella realizzata con l'ente che, nel caso specifico, agisce in qualità di amministrazione aggiudicatrice.

69 A tale proposito si deve rammentare che, secondo quanto precisato dalla Corte, la persona giuridicamente distinta di cui trattasi deve realizzare la parte più importante della propria attività «con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (sentenza Teckal, cit., punto 50). La Corte ha quindi contemplato la possibilità che l'eccezione prevista si applichi non solo all'ipotesi in cui un solo ente pubblico detenga una siffatta persona giuridica, ma anche a quella in cui la detengano più enti.

70 Nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati.

71 Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti locali è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti.

72 Dalle considerazioni che precedono deriva che si deve risolvere la seconda parte della seconda questione nel senso che, nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, al fine di decidere in merito all'applicabilità della direttiva 93/36, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività.

Sulle spese

73 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

- 1) La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, osta all'affidamento diretto di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, a una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice.
- 2) La condizione d'inapplicabilità della direttiva 93/36 secondo la quale l'impresa cui è stato direttamente affidato un appalto di fornitura deve svolgere la parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene non va accertata facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni.
- 3) Nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, al fine di decidere in merito all'applicabilità della direttiva 93/36, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività.

Firme

Capitolo 11

Affidamento servizio energia

TAR Trentino-Alto Adige, Sede di Bolzano, Sentenza n. 91 dell'8/3/2007

L'affidamento del "servizio energia" deve qualificarsi come appalto di beni o servizi, non come concessione di un pubblico servizio.

Sull'illegittimità di un affidamento da parte di un comune del servizio energia ad una spa a partecipazione pubblica, per l'assenza dei requisiti del controllo analogo e dello svolgimento, da parte dell'impresa aggiudicataria, della parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene.

Il servizio energia non costituisce una produzione di beni o attività rivolti a fini sociali e di promozione economica, non potendo rinvenirsi nella mera gestione del calore per gli edifici comunali alcuna finalità sociale e promozionale. Inoltre, il servizio non viene svolto dal comune a favore della collettività, ma viene erogato in senso inverso, cioè a favore del comune, con notevoli conseguenti perplessità sulla qualificazione "pubblica" di tale erogazione, che, viceversa, pare più esattamente potersi qualificare quale pura e semplice "prestazione economica", sia pure rivolta nei confronti di un soggetto pubblico. Dunque, l'affidamento del "servizio energia" deve qualificarsi come appalto di beni o servizi, non come concessione di un pubblico servizio.

Nel caso in esame, l'appalto deve considerarsi di natura mista, includendo prestazioni qualificabili come forniture e prestazioni qualificabili come di servizi. La normativa comunitaria, di fronte ad appalti misti, per stabilire quale normativa applicare, fa riferimento al criterio c.d. della prevalenza, recepito anche dal legislatore statale.

È illegittimo l'affidamento da parte di un comune del servizio energia ad una spa a partecipazione pubblica, senza l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, in quanto non sussistono le condizioni previste per l'affidamento "in house" (così come delineato dalla giurisprudenza comunitaria), del controllo analogo e dello svolgimento, da parte dell'impresa aggiudicataria, della parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene. In particolare, la società affidataria del servizio è una spa, il cui consiglio di amministrazione "è investito dei più ampi poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della società, e, più segnatamente, ha la facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali...", senza che i poteri del consiglio di amministrazione siano in alcun modo limitati o subordinati a qualche particolare forma di controllo da parte del comune. Inoltre, nello statuto non si rinviene alcuna norma che obblighi la spa ad operare prevalentemente con il comune; anzi, lo statuto prevede la facoltà di operare al di fuori del territorio comunale e di concludere contratti con terzi, pertanto l'ente locale aveva l'obbligo di far luogo ad un procedimento di scelta del contraente, basandosi sulle disposizioni del D. Lgs. n. 358 del 1992 e della direttiva n. 93/36/CEE, concernenti gli appalti pubblici di forniture.

Materia: servizi pubblici / affidamento e modalità di gestione.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano

costituito dai magistrati:

Hugo DEMATTIO	- Presidente
Terenzio DEL GAUDIO	- Consigliere
Margit FALK EBNER	- Consigliere
Lorenza PANTOZZI LERJEFORS	- Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 317 del registro ricorsi 2003

presentato da

ENERGY SERVICE S.r.l., in qualità di Capogruppo ATI con Cofathec Servizi S.p.a e Cristoforetti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, Renzo Bortolotti, rappresentata e difesa dagli avv.ti Sergio Cesare Cereda e Marco Radice, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Karl Reiterer in Bolzano, via L. da Vinci n. 20, giusta delega a margine del ricorso; - ricorrente -

contro

COMUNE DI BOLZANO, in persona del Sindaco pro tempore, che sta in giudizio in forza della deliberazione della Giunta Municipale n. 950 dd. 11.11.2003, rappresentato e difeso dagli avv.ti Marco Cappello e Bianca Giudiceandrea, con elezione di domicilio presso l'Avvocatura Comunale, Vicolo Gumer, n. 7, giusta delega in calce al ricorso notificato; - resistente -

e nei confronti di

SEAB S.p.a., in persona del Presidente e legale rappresentante p.t. Herbert Mayr, rappresentata e difesa dall'avv. Manfred Schullian, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Bolzano, V.le Stazione n. 5, giusta delega a margine dell'atto di costituzione; - controinteressata -

per l'annullamento

- 1) della deliberazione del Consiglio comunale di Bolzano 02.10.2003, n. 86, con la quale il Comune di Bolzano ha deciso di stipulare un contratto inerente al servizio di energia con la SEAB S.p.a;
- 2) della decisione della Giunta comunale del 16.09.2003;
- 3) della nota del Comune di Bolzano 22.09.2003, con la quale l'Amministrazione ha comunicato alla A.T.I. Energy Service S.r.l. che la Giunta municipale non aveva più intenzione di prorogare o rinnovare il contratto con l'ATI;
- 4) di tutti gli atti preordinati, connessi e conseguenti;

per l'accertamento

e declaratoria dell'avvenuto perfezionamento, in data 22.09.2003, del contratto "servizio energia" tra il Comune di Bolzano e la ricorrente, con conseguente intimazione al Comune di adempiere il contratto stesso;

e per la condanna

del Comune di Bolzano al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente.

Visto il ricorso notificato il 07.11.2003 e depositato in segreteria il 14.11.2003 con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bolzano dd. 01.12.2003 e della SEAB S.p.a. dd. 01.12.2003;

Vista l'ordinanza di questo Tribunale n. 18/2004, con la quale è stata rigettata l'istanza cautelare, presentata in via incidentale dalla ricorrente;

Vista l'ordinanza collegiale n. 3/2004, depositata il 02.02.2004, con la quale è stata disposta la sospensione del giudizio, ai sensi dell'art. 295 c.p.c.;

Vista l'istanza di riassunzione, con contestuale fissazione di discussione, a seguito di sospensione del processo, notificata il 16.12.2005 e depositata il 23.12.2005;

Viste le memorie prodotte;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore per la pubblica udienza del 24.01.2007 il consigliere Lorenza Pantozzi Lerjefors ed ivi sentito l'avv. S. C. Cereda per la ricorrente, l'avv. A. Merini, in sostituzione dell'avv. M. Cappello, per il Comune di Bolzano e l'avv. U. Oberhammer, in sostituzione dell'avv. M. Schullian, per la SEAB S.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune di Bolzano, con contratto del 27 febbraio 1998, rep. com. n. 42503 (stipulato in seguito ad espletamento di gara per licitazione privata), affidava all'ATI di cui Energy Service S.r.l. era capogruppo il "servizio energia", avente per oggetto la fornitura di combustibile, la conduzione, la manutenzione ordinaria e straordinaria, la fornitura e la gestione dei contatori volumetrici per l'acqua calda sanitaria, la messa a norma degli impianti e della rete telematica per 36 edifici di proprietà comunale, dal 1° ottobre 1997 al 30 settembre 2002 (cfr. doc. n. 3 della ricorrente).

Nelle more della scadenza del contratto di appalto, il Comune di Bolzano decideva di rinnovare il contratto per un altro anno, fino al 30 settembre 2003 (cfr. doc. ti n. 5, 6 e 7 del Comune).

Prima della scadenza di quest'ultimo termine l'Amministrazione comunale, con nota del 12 settembre 2003, proponeva all'odierna ricorrente, in qualità di capogruppo dell'ATI, una "proroga" del contratto di ulteriori otto mesi, alle medesime condizioni (cfr. doc. n. 8 del Comune).

La Energy Service S.r.l. rispondeva con nota del 22 settembre 2003, dichiarando di accettare la proroga del servizio, alle condizioni proposte (cfr. doc. n. 5 della ricorrente).

Con nota di pari data l'Amministrazione comunicava all'odierna ricorrente che la Giunta comunale non aveva più intenzione di "prorogare e/o rinnovare" il contratto, avendo deciso, in data 16 settembre 2003, di affidare il servizio ad altro gestore (cfr. doc. ti 3 e 4 del Comune).

Successivamente, il Consiglio comunale, con deliberazione 2 ottobre 2003, n. 86, decideva di stipulare con la SEAB (Servizio Energia e Ambiente Bolzano) S.p.a., società partecipata dall'ente locale, un contratto per la fornitura del servizio concernente la fornitura di combustibile, la conduzione e la manutenzione ordinaria e straordinaria per 35 impianti termici asserviti a edifici di competenza comunale, alle condizioni di cui al contratto del 27 febbraio 1998, rep. com. 42503 e al capitolato condizioni del 23 settembre 2002 (cfr. doc. n. 2 del Comune).

A fondamento del gravame proposto la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

1. "Violazione di legge: sub specie della normativa in materia di appalti, Dr. 92/50CEE e 93/36CEE, D. Lgs. n. 157/95, D. Lgs. n. 358/92 e LP 17/93.";
2. "Violazione e falsa applicazione di legge, sub specie dell'art. 11, comma 3, del DPR 26/08/1993, n. 412; Eccesso di potere per carenza e travisamento dei presupposti, difetto d'istruttoria.";
3. "Eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza dei presupposti e carenza d'istruttoria.";
4. "Eccesso di potere per difetto di istruttoria e per carenza dei presupposti nell'affidamento.";

5. "Eccesso di potere per contrarietà all'interesse pubblico e carenza assoluta di motivazione."

La ricorrente ha chiesto, inoltre, che venga "dichiarato concluso e in vigore il contratto intercorso tra la ricorrente ed il Comune di Bolzano in data 22.09.03 e che vengano risarciti i danni subiti dalla ricorrente a seguito della illegittima revoca della proroga contrattuale."

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Bolzano e la controinteressata SEAB S.p.a e hanno chiesto il rigetto del ricorso, siccome infondato.

All'udienza in camera di consiglio del 2 dicembre 2003, su richiesta delle parti, il Collegio ha rinviato la discussione dell'istanza cautelare, presentata dalla ricorrente, all'udienza di merito, fissata il 28 gennaio 2004.

Alla pubblica udienza del 28 gennaio 2004 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Con ordinanza n. 18/2004, depositata il 29 gennaio 2004, il Collegio ha rigettato l'istanza di sospensione degli atti impugnati.

Con successiva ordinanza n. 3/2004, depositata il 2 febbraio 2004, il Collegio ha disposto la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c., fino alla pronuncia della Corte di Giustizia CE sulle questioni sollevate da questo Tribunale, ai sensi dell'art. 234 CE, con ordinanza collegiale n. 25/2003 nel ricorso n. 23/2003, proposto da Parking Brixen GmbH contro il Comune di Bressanone e contro l'Azienda Servizi municipalizzati di Bressanone S.p.a., ritenuta determinante ai fini della risoluzione della presente controversia.

Successivamente, dopo la pronuncia della Corte di Giustizia CE, la ricorrente, con atto notificato alle parti il 16 dicembre 2005 e depositato il 23 dicembre 2005, ha presentato istanza di riassunzione, chiedendo la fissazione dell'udienza di merito.

All'udienza pubblica del 22 febbraio 2006 le parti hanno chiesto un rinvio, in pendenza di trattative ai fini della bonaria composizione della controversia.

Infine, all'udienza pubblica del 24 gennaio 2007 il procuratore dell'Amministrazione comunale ha dichiarato che il contratto con la SEAB S.p.a. è scaduto il 31 giugno 2004 e che il servizio, ora, viene gestito direttamente dal Comune di Bolzano. Il ricorso, quindi, è stato trattenuto in decisione.

In data 13 febbraio 2007 il dispositivo della sentenza è stato depositato presso la segreteria di questo Tribunale, ai sensi dell'art. 23bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 e successive modifiche.

DIRITTO

Il ricorso volto all'annullamento degli atti impugnati sub 1) e 2), con i quali il Comune di Bolzano ha deciso di affidare il "servizio energia" direttamente alla SEAB S.p.a. è fondato, sotto l'assorbente profilo di censura dedotto con il primo motivo di ricorso.

1. La ricorrente afferma che l'affidamento da parte del Comune di Bolzano del "servizio energia" - considerato come un vero e proprio appalto - ad una società per azioni a partecipazione pubblica, senza l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, si porrebbe in contrasto con la direttiva n. 92/50/CEE del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e con la corrispondente norma di recepimento D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157. Si porrebbe pure in contrasto con la direttiva n. 93/36/CEE del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, e con il D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (recante testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture). La normativa suddetta stabilirebbe che, in caso di pubblici appalti si debbano applicare le norme sull'evidenza pubblica e che solo in limitati e tassativi casi - che la ricorrente non ravvisa nel caso di specie - sarebbe possibile derogare a tali previsioni.

La doglianza è fondata.

1.1. Ritiene, anzitutto, il Collegio che il "servizio energia" (più comunemente definito "gestione calore"), affidato alla SEAB S.p.a., avente ad oggetto la fornitura di energia, la conduzione e la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di produzione del calore per 35 edifici comunali, non possa qualificarsi come servizio "pubblico", poiché, nel caso specifico, le prestazioni sono dirette unicamente al Comune, che ne fruisce

alla stregua di un qualsiasi altro soggetto, non alla collettività.

Secondo il più recente orientamento giurisprudenziale, che il Collegio condivide, la natura stessa del “servizio energia” “...non costituisce una produzione di beni o attività rivolti a fini sociali e di promozione economica”, non potendo rinvenirsi nella mera gestione del calore per gli edifici comunali alcuna finalità sociale e promozionale. Inoltre, “...il servizio non viene svolto dal Comune a favore della collettività, ma viene erogato in senso inverso, cioè a favore del Comune, con notevoli conseguenti perplessità sulla qualificazione “pubblica” di tale erogazione, che, viceversa, pare più esattamente potersi qualificare quale pura e semplice “prestazione economica”, sia pure rivolta nei confronti di un soggetto pubblico.” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289).

Dunque, l'affidamento del “servizio energia” deve qualificarsi come appalto di beni o servizi, non come concessione di un pubblico servizio.

1.2. In particolare, nel caso in esame, l'appalto deve considerarsi di natura mista, includendo prestazioni qualificabili come forniture e prestazioni qualificabili come di servizi.

La normativa comunitaria, di fronte ad appalti misti, per stabilire quale normativa applicare, fa riferimento al criterio c.d. della prevalenza, recepito anche dal legislatore statale. L'art. 3, comma 4, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, di recepimento della direttiva n. 92/50/CEE, in materia di appalti di servizi, stabilisce che “gli appalti che includono forniture e servizi sono considerati appalti di servizi quando il valore totale di questi è superiore al valore delle forniture comprese nell'appalto.” Per converso, se il valore della fornitura supera quello dei servizi, occorre fare riferimento al D. Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 e alla direttiva 93/36/CEE. Ebbene, dall'esame della documentazione agli atti può affermarsi, con assoluta certezza, che il valore della fornitura supera quello dei servizi (cfr. doc. n. 2 e allegato al doc. n. 3 del Comune).

1.3. Ciò premesso e chiarito in ordine alla natura dell'oggetto dell'affidamento, il Collegio deve ora verificare se il Comune di Bolzano, in base alla citata normativa, aveva l'obbligo di far luogo ad un procedimento di scelta del contraente, basandosi sulle disposizioni del D. Lgs. n. 358 del 1992 e della direttiva n. 93/36/CEE, concernenti gli appalti pubblici di forniture.

Rileva il Collegio che la direttiva n. 93/36/CEE sugli appalti di forniture (la quale non contiene alcuna disposizione analoga all'art. 6 della direttiva 92/50/CEE sugli appalti di servizi) impone, in linea di principio, l'applicazione delle norme sull'evidenza pubblica. Il legislatore comunitario ha inteso, evidentemente, garantire il rispetto della libera concorrenza, evitando che alcuni operatori economici traggano dei vantaggi legati alla loro appartenenza pubblica, vantaggi che, poi, potrebbero interferire con il libero mercato, falsificando la normale competizione. Solo in casi limitati e tassativi l'Amministrazione può, in deroga alle procedure sull'evidenza pubblica, procurarsi beni o servizi senza ricorrere al libero mercato (c.d. in house providing). Va precisato, però, che tali casi, costituendo eccezioni alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretate restrittivamente (cfr. Corte di Giustizia CE, Prima Sezione, 6 aprile 2006, C- 410/04, Anav).

1.4. La giurisprudenza comunitaria, attraverso una serie di pronunce, che si sono succedute nel tempo, ha contribuito a chiarire, in concreto, i limiti della deroga alla disciplina dell'evidenza pubblica comunitaria.

In particolare, la Corte di Giustizia CE ha stabilito, anzitutto, che, quando un contratto è stipulato tra un ente locale e una persona giuridica distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa solo nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi e quella persona giuridica realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano (Quinta Sezione, sentenza 18 novembre 1999, C – 197/98, Teckal).

Successivamente, la stessa Corte ha specificato che non si ha affidamento in house, se l'autorità pubblica non detenga la totalità del capitale sociale, ritenendo che la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società, alla quale l'autorità pubblica affida il servizio, esclude, in ogni caso, che detta autorità possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (Prima Sezione, sentenza 11 gennaio 2005, C – 26/03, Stadt Halle, punto 49).

Quindi, se la società, cui viene affidato il servizio, è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, non è possibile considerarla come una struttura di gestione “interna” di un servizio nell'ambito dell'ente pubblico che ne fa parte (cfr. sentenza Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 21 luglio 2005, C – 231/03, Coname, punto 26).

Un contributo fondamentale alla definizione di “controllo analogo” è stato fornito, poi, dalla sentenza della

Corte di Giustizia CE, Prima Sezione, 13 ottobre 2005, C – 458/03, Parking Brixen, pronunciata su un rinvio pregiudiziale, promosso proprio da questo Tribunale (rinvio che aveva dato luogo alla sospensione del presente giudizio in attesa di quella pronuncia, ritenuta determinante ai fini della decisione).

Nel rinvio alla Corte questo Giudice aveva, tra l'altro, chiesto di chiarire se l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi (in quel caso si trattava di un servizio pubblico, ma la questione si pone anche per gli appalti pubblici di beni o servizi) senza svolgimento di gara pubblica, sia compatibile con il diritto comunitario, qualora l'impresa concessionaria:

- sia una società costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un'autorità pubblica,
- il capitale sociale, al momento dell'attribuzione sia interamente detenuto dall'autorità pubblica concedente,
- il Consiglio di amministrazione disponga, però, dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione e possa concludere autonomamente, senza l'accordo dell'assemblea dei soci, taluni negozi entro un valore di cinque milioni di Euro.

La Corte ha ribadito i principi già esposti in precedenza, precisando, però, i contenuti del controllo analogo. In particolare, la Corte ha affermato che, affinché tale situazione ricorra, non è sufficiente che il capitale sociale sia interamente pubblico, ma occorre un concreto esercizio di fatto di tale controllo: "deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni" (cfr. punto 65). Nella fattispecie posta al suo esame la Corte ha escluso che il controllo esercitato dall'ente locale fosse un "controllo analogo", essendo limitato unicamente ai poteri che il diritto societario interno attribuisce ai soci di maggioranza (cfr. punti 67 – 70).

Ancor più recentemente la Corte (sentenza della Prima Sezione 11 maggio 2006, C-340/04, Carbotermo, in tema di affidamento diretto della fornitura di combustibili, nonché del servizio di manutenzione degli impianti termici degli edifici comunali, proprio come nel caso qui in esame) ha affermato che "la direttiva 93/36 osta all'affidamento diretto di un appalto per la fornitura di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, ad una società per azioni, il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice." (la AGESP - società affidataria - era interamente detenuta dalla AGESP Holding, la quale era a sua volta detenuta dal Comune di Busto Arsizio al 99,98% e, per il restante 0,02% da altri Comuni). La Corte, in ordine alla condizione del controllo analogo, ha accertato che i consigli di amministrazione della AGESP e della AGESP Holding possedevano ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e che il Comune di Busto Arsizio non disponeva di alcun potere di controllo particolare per limitare la loro libertà di azione. Inoltre, la Corte, in ordine alla condizione consistente nello svolgimento, da parte dell'impresa aggiudicataria, della parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, ha dichiarato che tale condizione ricorre solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente, o agli enti che la detengono, e ogni altra attività risulta avere carattere marginale. A tal proposito, "al fine di decidere in merito all'applicabilità della direttiva 93/36, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività."

1.5. Si rende, ora, necessario verificare se, nel caso in esame, sussistano le due condizioni (controllo analogo e svolgimento, da parte dell'impresa aggiudicataria, della parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene), che la Corte di Giustizia ha ritenuto indispensabili affinché possa legittimamente farsi luogo ad un affidamento in house prescindendo dalle norme sull'evidenza pubblica.

Va precisato, anzitutto, che il Tribunale deve tenere conto dello Statuto della SEAB S.p.a. nel testo vigente al momento dell'affidamento dell'appalto all'odierna controinteressata (cfr. doc. n. 12 del Comune), essendo irrilevanti, ai fini del giudizio, le modifiche apportate allo Statuto nel settembre 2006.

Quanto alla prima condizione – esercizio da parte del Comune di Bolzano sulla SEAB S.p.a. di un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi - rileva il Collegio che la "Servizi Energia Ambiente Bolzano" è una società per azioni (art. 1 Statuto), il cui Consiglio di amministrazione "è investito dei più ampi poteri per

l'Amministrazione ordinaria e straordinaria della Società, e, più segnatamente, ha la facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali..." (art. 22 Statuto), senza che i poteri del Consiglio di amministrazione siano in alcun modo limitati o subordinati a qualche particolare forma di controllo da parte del Comune di Bolzano.

Va rilevato, a tal riguardo, che la Corte di Giustizia, nella citata sentenza "Parking Brixen", ha affermato che, se il Consiglio di amministrazione della società affidataria dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale, i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci non sono sufficienti a consentire all'ente locale di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (cfr. punti 67-69 sentenza della Corte 13 ottobre 2005).

L'art. 8 dello Statuto prevede che "per tutta la durata della Società il Comune di Bolzano detiene la maggioranza assoluta in misura complessiva non inferiore al 51% delle azioni ordinarie e delle obbligazioni convertibili. Salvo quanto sopra, le azioni ordinarie possono essere sottoscritte, acquistate, alienate e detenute da soggetti pubblici e/o privati...".

Orbene, è pur vero che, al momento dell'affidamento diretto del "servizio energia", il Comune di Bolzano deteneva il 100% del capitale sociale della SEAB S.p.a.; nondimeno, la circostanza che lo Statuto della società consenta l'apertura a partecipazioni da parte di terzi, fa venir meno la condizione di cui si tratta. Invero, il Consiglio di Stato, Sez. VI, nella recente sentenza 13 luglio 2006, n. 4440 (in riforma della sentenza di questo Tribunale 20 maggio 2003, n. 211), ha chiarito che "il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi", facoltà, questa, prevista anche nello Statuto della SEAB S.p.a..

La SEAB S.p.a., in base allo Statuto, ha per oggetto "l'esercizio delle attività di studio, ricerca, produzione, approvvigionamento, raccolta, trasporto, trasformazione, distribuzione, gestione e vendita nei settori energetico, ambientale, telematico dei servizi... In particolare, rientrano nell'ambito operativo della Società, senza peraltro esaurirlo, le attività connesse ed inerenti:

- al ciclo integrale delle acque ed alla gestione dei relativi servizi, anche singolarmente considerati;
- alla distribuzione di gas combustibili;
- alla produzione, trasporto e distribuzione di calore ed altre fonti energetiche;
- alla gestione dei rifiuti, all'igiene territoriale, alla tutela dell'ambiente;
- ad altri servizi di carattere imprenditoriale di pubblica utilità.

La Società può compiere, per il raggiungimento dell'oggetto sociale, tutte le operazioni industriali, commerciali, mobiliari, immobiliari e finanziarie... può partecipare a gare d'appalto, eventualmente anche con altri soggetti, in associazioni temporanee d'impresa... Può, inoltre, ... operare anche nel settore del trasporto e dell'autotrasporto per conto terzi, sia direttamente, sia affidando detta attività ad imprese iscritte all'Albo dei trasportatori per conto terzi..." (art. 4 Statuto).

Il Collegio ritiene che, tenuto conto della tipologia delle attività statutarie, della loro ampiezza e varietà, nonché della circostanza che esse possano essere rivolte anche a terzi, e non solo nei confronti del Comune di Bolzano, la SEAB S.p.a. non possa considerarsi una longa manus del Comune di Bolzano, bensì un vero e proprio operatore con vocazione puramente commerciale (cfr. TRGA Bolzano, 13 aprile 2006, n. 170).

Inoltre, l'attività della SEAB S.p.a. non è circoscritta al solo territorio comunale: in base all'art. 4 dello Statuto la società può svolgere attività "senza limitazione di carattere territoriale".

Dagli elementi sopra illustrati deve escludersi che il Comune di Bolzano eserciti nei confronti della SEAB S.p.a. un "controllo analogo" a quello esercitato nei confronti dei propri servizi interni, talché risulta superfluo verificare la sussistenza, nel caso specifico, della seconda condizione (svolgimento, da parte della SEAB S.p.a. della parte più importante della sua attività con il Comune di Bolzano). Solo si osserva che nello Statuto non si rinviene alcuna norma che obblighi la SEAB S.p.a. ad operare prevalentemente con il Comune di Bolzano; anzi, lo Statuto prevede la facoltà di operare al di fuori del territorio comunale e di concludere contratti con terzi. Da quanto precede deve concludersi che l'affidamento da parte del Comune di Bolzano del "servizio energia", non integrando gli estremi dell'affidamento "in house" (così come delineato dalla giurisprudenza comunita-

ria), è soggetto alle norme sull'evidenza pubblica in materia di appalti di forniture (direttiva 93/36/CEE e D. Lgs. 24 luglio 1992, n. 358).

La fondatezza del primo motivo di ricorso determina l'annullamento della deliberazione del Consiglio comunale di Bolzano 2 ottobre 2003, n. 86 e della decisione della Giunta comunale 16 settembre 2003 (atti indicati in epigrafe sub 1 e 2). Restano assorbite le ulteriori censure dedotte dalla ricorrente in merito all'affidamento diretto alla SEAB S.p.a. del "servizio energia".

2. Prima di esaminare il quinto motivo di ricorso - riferito alla richiesta di annullamento della nota del Comune di Bolzano 22 settembre 2003 (atto indicato in epigrafe sub 3) -, si rende opportuno, per motivi di logica processuale, vagliare la domanda con la quale la ricorrente chiede che sia accertato e dichiarato (ai sensi dell'art. 1326 c.c.) che, in data 22 settembre 2003, "si è concluso un contratto" di servizio energia tra la ricorrente e il Comune di Bolzano.

Va ricordato che, prima della scadenza definitiva (30 settembre 2003) del contratto di appalto stipulato nel 1998 e rinnovato nel 2002, l'Amministrazione comunale, con nota del 12 settembre 2003, aveva proposto all'odierna ricorrente, in qualità di capogruppo dell'ATI, una proroga del servizio per ulteriori otto mesi, alle medesime condizioni, "in virtù di quanto stabilito dalla LP 28.07.2003, n. 12, che nelle norme (recte: more) di svolgimento delle procedure di scelta del contraente, prevede la possibilità di affidamento a procedura negoziale diretta".

La Energy Service S.r.l. rispondeva con nota del 22 settembre 2003, dichiarando di accettare la proroga del servizio, alle condizioni proposte.

Senonché, con nota di pari data, l'Amministrazione comunicava alla ricorrente che la Giunta municipale non aveva più intenzione "di prorogare e/o rinnovare il contratto in essere... avendo deciso, in data 16 settembre 2003, di affidare il servizio ad altro gestore." Poco dopo, infatti, il Consiglio comunale, con deliberazione 2 ottobre 2003, n. 86, decideva di affidare il "servizio calore" direttamente alla SEAB S.p.a.

A questo punto è necessario chiarire la effettiva natura dell'affidamento del servizio, per otto mesi, alla ATI ricorrente, che il Comune qualifica come "proroga", o "rinnovo". In realtà, il Comune di Bolzano intendeva affidare il servizio mediante procedura negoziale diretta, come si evince, inequivocabilmente, dal richiamo, contenuto nella nota comunale del 12 settembre 2003, alla legge provinciale 28 luglio 2003, n. 12. Invero, l'art. 16 di tale legge provinciale ha aggiunto all'art. 13 della legge provinciale 14 febbraio 1992, n. 6 un nuovo comma, col quale veniva estesa l'applicabilità agli enti locali delle disposizioni di cui all'art. 6, commi 14 e seguenti, della legge provinciale 22 ottobre 1993, n. 17. Ebbene, l'art. 6, comma 20, lettera e) di quest'ultima legge consente di ricorrere alla procedura negoziale diretta per l'acquisto "di beni e servizi, nella misura strettamente necessaria, nel caso di contratti scaduti, nelle more di svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente...".

Va ancora precisato che la domanda di accertamento dell'avvenuto perfezionamento del contratto 22 settembre 2003 (per soli otto mesi, in attesa dell'esperimento di una gara d'appalto) deve ritenersi ben distinta dalla domanda di annullamento dell'affidamento diretto del servizio alla SEAB S.p.a., testé vagliata. La ricorrente, in questo caso, non contesta il criterio di scelta del contraente (con negoziazione diretta) seguito dall'Amministrazione, ma chiede il riconoscimento dell'avvenuto perfezionamento del contratto, che si sarebbe concluso tra le parti attraverso lo scambio di corrispondenza di offerta e di accettazione.

Ad avviso del Collegio la domanda di accertamento dell'avvenuto perfezionamento del contratto tra le due parti è inammissibile, per difetto di giurisdizione, non potendosi ritenere applicabile, al caso specifico, l'art. 6, comma 1, della legge 21 luglio 2000, n. 205, che riserva alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo esclusivamente "... le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.". Invero, l'Amministrazione, nel caso specifico, ha agito iure privatorum, con un atto paritetico, al di fuori degli schemi dell' "evidenza pubblica", non autoritativamente. La domanda, così come formulata, esula, pertanto, dalla materia per la quale la disposizione menzionata ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle relative controversie.

3. Del pari non sussiste la giurisdizione del Giudice amministrativo in relazione alla domanda di annullamento della nota del Comune di Bolzano 22 settembre 2003 (atto indicato in epigrafe sub 3). Invero, la decisione dell'Amministrazione di non ritenersi più vincolata da un precedente accordo non costituisce esplicitazione di

un potere, ma opera esclusivamente nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2006, n. 39).

4. Deve ritenersi inammissibile, di conseguenza, anche la richiesta di risarcimento dei danni subiti "a seguito della illegittima revoca della proroga contrattuale", come formulata nel ricorso introduttivo.

5. Nella successiva memoria depositata il 22 gennaio 2004 e nelle successive memorie la ricorrente, ha esteso il petitum, chiedendo che siano risarciti i danni subiti dalla ricorrente "a seguito dell'illegittimo affidamento del servizio gestione calore alla SEAB e, dunque, al mancato svolgimento dell'appalto da parte dell'ATI Energy...".

Questa domanda deve essere dichiarata inammissibile, perché non ritualmente notificata all'Amministrazione che si assume responsabile (cfr. Consiglio di Stato, VI, 29 novembre 2002, n. 6575 e Sez. VI, 15 febbraio 2001, n. 805).

6. In conclusione, va accolta la domanda di annullamento degli atti impugnati sub 1 e 2, e, per l'effetto, vanno annullate la deliberazione del Consiglio comunale di Bolzano 2 ottobre 2003, n. 86 e la decisione della Giunta comunale di Bolzano 16 settembre 2003. Vanno, invece, dichiarate inammissibili, per difetto di giurisdizione, la domanda di accertamento e declaratoria di avvenuto perfezionamento, in data 22.09.2003, del contratto "servizio energia" tra il Comune di Bolzano, la domanda di annullamento della nota del Comune del 22 settembre 2003 e la domanda di risarcimento dei danni relativi. La domanda di risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimo affidamento diretto del servizio energia alla SEAB S.p.a. va dichiarata inammissibile, perché non ritualmente notificata al Comune di Bolzano.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa – Sezione Autonoma di Bolzano -, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando:

- accoglie la domanda di annullamento degli atti impugnati, come da motivazione, e, per l'effetto, annulla la deliberazione del Consiglio comunale di Bolzano 2 ottobre 2003, n. 86 e la decisione della Giunta comunale di Bolzano 16 settembre 2003;
- dichiara inammissibili, per difetto di giurisdizione, la domanda di accertamento e declaratoria di avvenuta conclusione, in data 22.09.2003, del contratto "servizio energia" tra il Comune di Bolzano e la ricorrente, la domanda di annullamento della nota del Comune del 22 settembre 2003 e la domanda di risarcimento dei danni derivanti dalla revoca del contratto;
- dichiara inammissibile la domanda di risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimo affidamento diretto del "servizio energia" alla SEAB S.p.a.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza venga eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Bolzano, nella camera di consiglio del 24 gennaio 2007.

IL PRESIDENTE L'ESTENSORE
Hugo DEMATTIO Lorenza PANTOZZI LERJEFORS

Depositata in segreteria

in data 8 marzo 2007

